Die Haftung des Verkäufers für eine Verschlechterung der Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrages

nach

dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

am Sonnabend, den 7. März 1903, Mittags $12^{1}/_{4}$ Uhr

in der Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

Karl Meyer,

Referendar in Hirschberg.

Opponenten:

Herr Rechtsanwalt und Notar **Friedrich Scholz** in Liebau i. R.
Herr Referendar **Kurt Brennhausen** in Schweidnitz.

Greifswald.
Druck von Julius Abel.
1903.

τοῦτό ἐστι νόμος, ᾧ πάντας ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι διὰ πολλά, καὶ μάλιστα ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ, δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονίμων ἐπανόρθωμα δὲ τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, πόλεως δὲ συνθήκη κοινή, καθ' ἣν ἅπασι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει.

Demosthenes: orat. adv. Aristogitonem vol. 1 p. 774 Reisk.

Dem Andenken meines teuren Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0078

Monographien.

Ludwig Bellerstein: Die Rückgabe der verkauften Sache in den Fällen der actio redhibitoria. Erlanger Dissertation 1896.

G. Beseler: Festgabe für denselben; darin der Aufsatz: E. Eck: Beitrag zu der Lehre von den ädilitischen Klagen.

R. Boetzow: Sind nach gemeinem Recht die ädilitischen Rechtsmittel auch beim Genuskauf zulässig? Greifswalder Dissertation 1891.

Bolze: Zur Lehre von den Kondiktionen, insonderheit von der Condictio sine causa. (Arch. für civ. P. Bd. 78.)

W. Bruck: Die Verteilung des periculum bei partiellem Untergang einer Quantität, von der ein in Mass, Zahl oder Gewicht bestimmter Teil verkauft, aber noch nicht ausgeschieden war. Erlanger Dissertation. Berlin 1895.

C. Crome: a. Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräusserten Sache, nebst einem Anhang über dicta et promissa im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.
b. Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

F. Conze: Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonner Dissertation 1889.

O. v. Dewitz: Über die Berechnung des Minderungswerts bei der actio quanti minoris. Marburger Dissertation 1890.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. (Gruchot Bd. 44 S. 305— 342.)

A. B. Ehrlich: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Greifswalder Dissertation 1902.

H. Epping: Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Dissertation 1897.

L. Flatau: Über das Tragen der Gefahr beim Genuskauf. Erlanger Dissertation 1880.

Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre der Wandelung. Gruchot Bd. 44 S. 65 ff.

E. Frings: Wandelung und Schadensersatz. Göttinger Dissertation 1896.

B. Gelbcke: Zum Periculum beim Kauf. Arch. f. c. P. Bd. 59.

H. Gentinetta: Über das Tragen der Gefahr beim Kauf. Berner Dissertation 1888.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für Mängel der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts. 1. und 2. Abteilung. Berlin 1883.

J. Hasslacher: Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach gemeinem Recht und dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Erlanger Dissertation 1897.

G. Hartmann: Juristischer Kasus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung insb. beim Kauf. (In den Jahrbüchern für Dogmatik 22. Bd. S. 417—496.)

A. Hellweg: Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris. (Arch. f. civ. P. Bd. 59.)

Heise und Cropp: Juristische Abhandlungen. Darin die Aufsätze:
a. Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten.
b. Vom Kauf nach Probe.

E. Hipp: Über Rückforderung wegen Hinfall des Zwecks. Göttinger Dissertation 1889.

Hofmann: Über das Periculum beim Kauf. Wien 1870.

Kiehl: Das Rücktrittsrecht des Käufers beim Genuskauf, besprochen an einem praktischen Fall. Gruchot Bd. 41 S. 591.

Kloss: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Eine vergleichende Darstellung der einschlagenden Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen und des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. (Im sächsischen Archiv für bürgerl. Recht Bd. IX S. 288 ff).

H. Keller: a. Über das Verhältnis des ädilitischen Edikts zum Civilrecht in der Lehre von der Gewähr der Mängel an verkauften Sachen.
b. Über die unbedingte Haftpflicht des venditor ignorans wegen Fehler an leblosen Sachen. (In Sells Jahrbüchern Bd. III S. 66—86; 345—368.)

F. Kricheldorff: Haftung des Verkäufers bei behebbaren Mängeln der Kaufsache. Göttinger Dissertation 1895.

O. Gradenwitz: Über den Begriff der Voraussetzung. Berliner Dissertation 1889.

J. Leistner: Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation, Nürnberg 1900.

Lenel: Die Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 213 ff.

C. Mosler: Hindert die Kenntnis des Stellvertreters des Käufers von den Mängeln der Kaufsache die Durchführung der ädilitischen Klagen? Greifswald 1892.

K. Lepenau: Die Rückgabe der verkauften Sache gemäss der actio redhibitoria nach gemeinem Civilrecht. Göttinger Dissertation 1899.

Lobe: Die Vorschriften des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches §§ 462 u. 465.

A. Primavesi: Inwiefern umfasst die actio redhibitoria auch Ersatz von Schaden. Erlanger Dissertation 1897.

F. R. Sachsenhauser: Die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Haustiere nach deutschem Recht. Von der Juristenfakultät der Münchener Hochschule im Jahre 1851/52 gekrönte Preisschrift. München 1856.

K. Beheim-Schwarzbach: Die Redhibitionsgrundsätze bei Mangelhaftigkeit einer von mehreren zugleich verkauften Sachen. Greifswalder Dissertation 1894.

S. Stahl: Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Dissertation 1900.

H. Starker: Inwiefern umfasst die actio redhibitoria auch Ersatz des Schadens? Erlanger Dissertation 1895.

M. Steinitz: Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung. Breslauer Dissertation 1901.

H. Tränkner: Einzelne Schuldverhältnisse II. Buch 7. Absch. 1.—23. Titel, im sächs. Archiv f. bürg. R. 9. Bd. S. 81—201.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 30 S. 158; Bd. 17 S. 306; Bd. 5 S. 31.

Besondere Abkürzungen.

Eccius in Gruchot: E. in G. Flechtheim in Gruchot: F. in G. Denkschrift = D. Im übrigen ist bei Citaten aus obiger Litteratur **nur** der jedesmalige Verfasser angegeben. Hier im Verzeichnis nicht angegebene Werke sind, wenn nicht sonst bekannt, in der Arbeit **voll** citiert.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Teil.

I. Kap.

Die Gewährleistungspflicht des Verkaufers.

Seite

§ 1. Haftung des Verkäufers kraft Gesetzes . . . . . 11—19
a. Für Fehler, welche den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern, . 12—13
b. für Fehler, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern . . . . . 13—19
§ 2. Haftung kraft Garantieversprechens . . . . . 19—24
§ 3. Haftung wegen Arglist 24

II. Kap.

§ 4. Der Gefahrübergang . . . . . 24—31

III. Kap.

Die Rechtsmittel des Käufers.

§ 5. Über die Ansprüche des Käufers im allgemeinen . . . . . 31—32
§ 6. Wandelung . . . . . 32—66
I. Das Recht auf Wandelung.
1. Aussergerichtliche Geltendmachung . . . . . 34—35
2. Gerichtliche Geltendmachung . . . . . 35—48
A. Minderungsbegehren.
Endemann — Eccius — Leistner — Kloss.
B. Juristische Konstruktion der Wandelungsklage.
a. Logische Interpretation der §§ 462, 465.
b. Erklärungsversuche: Eccius, — Flechtheim — Steinitz — Kloss — Schlussfolgerung
3. Der Rechtsschutz des Verkäufers gemäss § 466 . . . . 48—49
II. Das Recht aus der Wandelung.
1. Das Wesen des Rücktritts . . . . . 49—50
2. Die Zeit der Rückgewähr . . . . . 50—52
3. Der Ort der Rückgabe 52
4. Gegenseitige Rechte und Pflichten bei erfolgtem Rücktritt 53—55
a. des Verkäufers.
b. des Käufers.

5. Das ius tollendi und das ius retinendi . . . . . 55—56
6. Untergang und Verschlechterung der Kaufsache infolge Zufalls . . . . . 56—57
7. Ausschluss des Rücktrittsrechts . . . . . 57—60
8. Unwirksamkeit des Rücktritts . . . . . 60—61
III. Wandelung in besonderen Fällen:
1. Mehrheit der Subjekte . . . . . 61—62
2. Mehrheit der Objekte . . . . . 62—64
a. Objektive Zusammengehörigkeit und Preiseinheit
b. Objektive Zusammengehörigkeit ohne Preiseinheit
c. Subjektive Zusammengehörigkeit
3. Mängel der Hauptsache 64
4. Fehlen der zugesicherten Grundstücksgrösse . . . . . 64—65
IV. Haftet der Verkäufer bei der Wandelung auch für den durch die Sache direkt zugefügten Schaden? . . . . . 65—66
§ 7. Minderung . . . . . 66—74
I. Prozessuale Gestaltung . . . . . 66—67
II. Die Preisreduktion.
1. Einfacher Fall . . . . . 67—69
2. Minderung beim Verkauf zu einem Gesamtpreise . . 69—70
3. Subjektive und objektive Zusammengehörigkeit ohne Preiseinheit 70
4. Nebenleistung des Käufers . . . . . 70—71
5. Mehrheit von Personen . . . . . 71—72
6. Wiederholte Minderung . . . . . 72—73
7. Wiederholte Minderung bezw. Wandelung im Prozesse . 73—74
§ 8. Schadensersatz . . . . . 74—75
I. Inkonsequenz des Gesetzgebers.
II. Fälle des Schadensersatzes.

IV. Kap.

§ 9. I. Ausschluss der Haftung des Verkäufers . . . . . 75—77
a. bei Kenntnis des Käufers
b. bei grober Fahrlässigkeit des Käufers
c. bei unerheblichen Fehlern
d. im Falle des § 461. Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung
e. beim Erbschaftskauf § 2376 Abs. II
f. bei Vereinbarung der Parteien
g. im Falle der vorbehaltlosen Annahme trotz Kenntnis.
II. Wie ist es zu halten, wenn Käufer die Beseitigung des Fehlers bis zum Übergange der Gefahr auf den Käufer übernimmt? 77—78

V. Kap.

§ 10. Der Genuskauf . . . . . 78—80
I. Bisheriger Streit hinsichtlich der Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsmittel im gemeinen Recht.
II. Die Rechtsmittel des Käufers.
§ 11. Die Mängelrüge . . . . . 80—81

§ 12. Die Behebbarkeit des Mangels der Kaufsache . . . . . 81—84
§ 13. Die Beweislast . . . . . 84—88
I. Der Begriff der Erfüllungsannahme.
II. Momente der Beweislast.
1. Abschluss des Kaufes
2. ev. Zusicherung von Eigenschaften
3. dolus des Verkäufers
4. Mangelhaftigkeit zur kritischen Zeit
5. Kenntnis bezw. grobe Fahrlässigkeit zur kritischen Zeit.
§ 14. Die Verjährung . . . . . 88—93
I. Geschichte und Wesen der Verjährung.
II. Die Verjährung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.
1. Der Beginn der Verjährung
2. Die vertragsmässige Verlängerung der Verjährung
3. Die Unterbrechung der Verjährung.

II. Teil.

VI. Kap.

Die Besonderheiten der Gewährleistung bei Viehveräusserungen.

§ 15. Allgemeines . . . . . 94—98
Geschichtlicher Überblick — die verschiedenen Systeme der Gewährleistung beim Viehkauf.
§ 16. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers . . . . . 98—100
§ 17. Die Wandelung . . . . . 100—101
§ 18. Die Wandelung in besonderen Fällen 102
§ 19. Schadensersatz . . . . . 102—103
§ 20. Die Verjährung . . . . . 103—104

I. Teil.

I. Kapitel.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

§ 1.

Haftung des Verkäufers kraft Gesetzes.

Der Umfang der gesetzlichen Haftung[1]) ist in § 459 Abs. 1 fixiert. Nach dieser Vorschrift hat Verkäufer dafür einzustehen, dass die Sache z. Z. des Gefahrüberganges nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, wobei analog dem römischen „minima non curat praetor" eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt. Welche Fehler erheblich und welche unerheblich sind, lässt sich natürlich nur im einzelnen Falle feststellen, sodass also die Entscheidung dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibt. — Der legislatorische Zweck der Bestimmung ist nach meiner Ansicht derselbe wie im römischen Recht: „ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur." (l. 1. § 2. D. de aed. ed. 21. 1). Grundlage der Haftung ist der Kaufkontrakt, das Gesetz, — die objektive Tatsache des Fehlers.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine deterioratio nach Gefahrübergang auf den Käufer. Diese Verschlechterung wird ebenfalls, wie eine solche vor Gefahrübergang — welch letztere hier besonders behandelt wird — Fehler genannt. Dieser kann wesentlich (§ 351) oder unwesentlich (§ 487 Abs. III) sein; er ist dann bald als solcher im Gesetze festgelegt und seine spezielle Folgen sind genau bestimmt, bald kommt es auf die Erheblichkeit nicht an, ist er einmal vorhanden, so knüpfen sich die allgemeinen rechtlichen Folgen an diesen. Eine eigentliche Begriffsbestimmung

1) Das Wort „haften" wird bald im Sinne von „einstehen", bald im Sinne von „aufkommen" gebraucht, was rechtlich aber irrelevant ist. Vgl. Ehrlich S. 20, Anm. 1 ad § 3.

für den Ausdruck Fehler finden wir weder in den Motiven noch in den Protokollen, noch im Gesetze selbst. Aus letzterem ist nur zu entnehmen, dass der Begriff Fehler dem Sammelbegriff Mangel zu substituieren ist, welcher als solcher physische wie auch juristische Fehler umfasst (z. B. § 439). Für den § 459 kommen lediglich die Mängel ersterer Art in Betracht; dies folgt aus der Fassung und dem Sprachgebrauch im Gesetzestexte und aus den Motiven II S. 224/226, wonach der Begriff Mangel jene beiden Arten von Fehlern umfasst, nämlich sog. ädilizische Mängel und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften.[2]) Auch den Begriff M a n g e l finden wir nirgends definiert. Wir finden nur, dass das Gesetz bald von „Mangel" schlechthin (§ 462), bald von „Mängeln der Sache" (§§ 466, 476, 493), bald von „Mangel der verkauften Sache" (§§ 460, 461) spricht, welche Terminologie im Grunde nur redaktionelle Bedeutung hat, wie S t a h l (S. 10) dies bewiesen hat, auf den ich hiermit verweise.

Wie das römische, so kennt auch das B.G.B. bezüglich des Umfanges drei Arten von Haftung,[3]) nämlich:

1. kraft Gesetzes;
   a) wegen Mängel, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem g e w ö h n l i c h e n Gebrauch aufheben oder mindern;
   b) wegen Mängel, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach d e m V e r t r a g e v o r a u s g e s e t z t e n G e b r a u c h aufheben oder mindern;
2. kraft Garantieversprechens;
3. eine besondere Haftung bei dolus.

Entsprechend dem Umfange der Haftung sind auch die rechtlichen Folgen verschieden.

a. Haftung für Fehler, welche den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern.

§ 459, welcher uns gleich für die folgenden Ausführungen die Disposition gibt, steht im vollständigen Einklang mit dem römischen Recht; denn nach diesem stehen dem Käufer ausser den civilrechtlichen Kontraktsklagen auch die ädilizischen Rechtsmittel zu.

---

2) Protokolle: Guttentag'sche Ausgabe, S. 670 ff., No. 60.
3) Mot. II, S. 224.

Diese aber setzen Mängel voraus, welche den Gebrauch der Sache beeinträchtigen (l. 1. § 8. l. 10. pr. D. de aed. ed. 21. 1), und die nicht offensichtlich sind, so dass sie dem Käufer gleich in die Augen fallen mussten (l. 14. § 10 in fine D. de aed. edicto 21. 1). In l. 8 cit. 21. 1 finden wir das objektive Moment der Haftung des Verkäufers für ein vitium oder morbus in den Worten: „quod usum ministeriumque hominis impediat", in welchen Ulpian einen Sklaven schlechthin im Auge hat. — Was gewöhnlicher Gebrauch ist, ist im einzelnen Falle unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung festzustellen. Auch hier ist führender Grundsatz § 242, nach welchem Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. — Der Grund hiervon liegt nach Regelsberger[4]) in dem Umstande, „dass erfahrungsgemäss die Menschen nicht ohne Grund vom Ueblichen abweichen pflegen, dass ferner die Urheber eines Rechtsgeschäfts über solche Punkte, für welche sie sich der bestehenden Uebung anschliessen, häufig eine ausdrückliche Bestimmung unterlassen, weil sie diese Ordnung für selbstverständlich erachten."

b. Haftung für Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Verkäufer hat ferner dafür einzustehen, dass die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Hat das Gesetz mit dem Worte „vorausgesetzt" Windscheids berühmte Lehre von der Voraussetzung aufgenommen?

Ich verneine die Antwort. Folgende eingehende Ausführung möge meine Ansicht begründen.

Windscheids Lehre von der Voraussetzung ist in ihrer Begründung quellenmässig nicht berechtigt und in ihrer praktischen Anwendung unannehmbar.

„Die Voraussetzung gehört" definiert der Urheber der Voraussetzungslehre „zu den Selbstbeschränkungen des Willens", und als solche stellt er sie neben die Bedingung und Befristung. Bedingung ist das Abhängigmachen des Willens von der Wirklichkeit eines

4) Pandekten 1891, Bd. 1. S. 100; Ehrlich S. 22.

ungewissen Umstandes; die Formel für die Befristung lautet: „Ich will, dass, wenn ....", für die Voraussetzung würde sie lauten: „Ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht ...." [5]) Auf Grund des gesetzten Willens, führt Windscheid aus, baut er sein Tun, hier die Willenserklärung auf: „Er setzt voraus".[6]) Die Voraussetzung ist für Windscheid eine unentwickelte Bedingung, ein Irrtum im Motive besonderer Art.[7])

Diese Voraussetzung ist auch nach Windscheids Ansicht der legislatorische[8]) Grund der ädilizischen Klagen (vgl. Windscheid: Voraussetzung S. 73 ff.); denn der eigentliche Wille des Käufers gehe dahin, eine mangelfreie Sache zu kaufen; seine „Voraussetzung" beim Kaufe sei nämlich die, dass die Sache keine Fehler habe. An Anknüpfung hieran beantwortet Windscheid auch die Frage bejahend, ob Verkäufer auch dann zu haften habe, wenn Käufer in der dem Verkäufer erkennbaren Voraussetzung, dass die Sache eine bestimmte wertsteigernde Eigenschaft, einen Vorzug habe, diese gekauft hat, und zwar ohne dass der Vorzug oder die Eigenschaft der Sache zur Geschäftsbedingung gemacht worden ist.

Den „legislatorischen Grund" der Mängelhaftung findet Windscheid ausser im Edikt auch in den Vorschriften begründet, in denen Verkäufer auch ohne Garantieübernahme oder dolus für Fehler haftet, welche ihre Brauchbarkeit beeinträchtigen, nämlich in l. 1. § 8. de aed. ed. 21. 1; den Stützpunkt für seine zweite Lehre, dass Voraussetzungen von Vorzügen, die die Sache haben müsse, rechtlich erheblich seien in zwei berüchtigten Digestenstellen:

1) l. 45. de contrah. 18. 1;

---

5) Gradenwitz S. 2 ff.

6) Archiv f. ziv. P., Bd. 78, S. 163.

7) Ich verweise im übrigen auf die Zusammenfassung der W. Lehre bei Hipp, S. 5 ff.

8) Im Gegensatz zu Windscheid nimmt die herrschende Meinung in Übereinstimmung mit dem A.L.R. I. Buch, 5. Titel, § 317: „Auch die Gewähr gehört zur Erfüllung des Vertrages", gestützt auf die Worte; „dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignorat ea quae aediles praestari iubent tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim nota habere venditor" l. 1, § 2, D. de a. ed. 21, als gesetzgeberischen Grund für die ädilizischen Klagen an, dass der Verkäufer als der nähere zur Sache, auch für die Mängel haften müsse, weil er entweder die Beschaffenheit der Sache kannte oder doch kennen konnte, und deshalb kennen musste, Käufer dagegen nicht kannte und auch nicht zu kennen brauchte.

2) l. 21. § 2. de A.E.V. 19. 1. [9])

Von diesen kann die erstere auch dahin verstanden werden, dass Verkäufer die in Frage stehenden Kleider dem Käufer als neue dolos „zugesichert" hat; die zweite aber, nach der Käufer einen Tisch, den er wegen seiner äusseren Erscheinung für einen Citronentisch hält, in dieser Voraussetzung kauft, lässt in ihrer Interpretation jedenfalls vielfache Deutung zu; nach der Ansicht der weitaus meisten Schriftsteller aber ist sie korrumpiert; sie ist aber auch „wie kaum irgend eine geeignet, in der Hand des leichtsinnigen und unerfahrenen Richters ein gefährliches Werkzeug zu werden." Wenn Windscheid sich nun an diese beiden, vielfach auszulegenden Quellenstellen klammert, die zu den schwierigsten des ganzen Corpus iuris civilis zu rechnen sind, so ist doch die auf diesen aufgebaute Theorie in ihrer inneren Berechtigung sehr in Frage gestellt.

Abgesehen aber davon birgt die Lehre noch mannigfache Inkonsequenzen.

So passt z. B. die actio quanti minoris gar nicht in das System der Voraussetzungslehre; denn wenn ich auch bei Kenntnis von Mängeln vom Standpunkte der Voraussetzung die Sache nicht gekauft hätte, folgt da unter gleichen Umständen vom gleichen Standpunkte auch das Gleiche für die Minderung, dass ich ev. dann die Sache billiger gekauft haben würde? Doch wohl keineswegs!

Ferner gibt es ja keinen Gegenbeweis bei dieser Präsumption dahin gehend, dass Käufer trotz Kenntnis des Mangels die Sache gekauft hätte. — Und ein solcher Gegenbeweis ist doch vom Standpunkte der Voraussetzung logisch notwendig! Die ädilizischen Rechtsmittel stehen eben dem Käufer ohne Unterschied zu, mag er nun der Sache Fehler zugeschrieben haben oder nicht; nur wenn Käufer die Fehler kennt, steht dem Verkäufer die exceptio doli zu.

Die Voraussetzung kann, je nachdem sie mündlich zum Ausdruck gebracht wird, („ich will, aber ich setze voraus — ich will, indem ich voraussetze — ich will, dass unter der Voraussetzung, a ist, b ist") infolge ihrer verschiedenen Form auch verschiedene Bedeutung haben und dementsprechende Folgen nach sich ziehen. Sie

9) Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum, et si venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt".

kann eine Bedingung sein, sie kann die Wirkung der exceptio doli und condictio haben, sie kann endlich vollständig wirkungslos sein. [10])

Welche Folgen aber der einmal angenommene Windscheidsche Standpunkt von der Voraussetzung für die Praxis zeitigen würde, möge der Umstand am besten wohl zeigen, dass Verkäufer, wenn Käufer die vorausgesetzten Eigenschaften von einem künftigen zufälligen Ereignis abhängig macht, niemals sicher wäre, ob der Kauf vielleicht später rückgängig gemacht wird; z. B. jemand kauft eine Villa in einer Sommerfrische mit der Erklärung, er würde sie im nächsten Sommer beziehen, da ihm der Arzt den Aufenthalt in dieser Gegend verordnet hätte. — Käufer stirbt aber, ehe er die Villa bezieht. Einen Redhibitationsanspruch will selbst Windscheid im vorliegenden Falle den Erben nicht gewähren, sondern er stellt es dem freien richterlichen Ermessen anheim, hier zu entscheiden. Was aber dies für einen „unerfahrenen und leichtsinnigen Richter" zu bedeuten hat, verkennt Windscheid durchaus nicht.

Trotz dieser Unzulänglichkeiten finden wir den Gesetzgeber im Zweifel, ob er nicht trotzdem Windscheids Lehre acceptieren solle.

§ 742 d. 1. Entw.:

„Wer unter der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung des Eintritts oder Nichteintritts eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Voraussetzung sich nicht erfüllt, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern."

scheint die Lehre Windscheids gleichsam zum Gesetz erhoben zu haben, jedoch nur insoweit es sich um Voraussetzungen für die Zukunft handelt.

Und andererseits heisst es aber in den Motiven (II S. 249):

„Die Lehre von der Voraussetzung als einer allgemeinen Kategorie der Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen hat zur Zeit nicht diejenige Durchbildung und Anerkennung erfahren, welche es unbedenklich erscheinen liesse, auf derselben gesetzgeberische Bestimmungen aufzubauen."

---

10) Ich verweise hier, ohne auf die Sache näher einzugehen, auf die eingehenden Ausführungen bei Gradenwitz S. 7 ff.; ferner Archiv für zivil. Praxis. Bd. 78, S. 162 und schliesslich auf E. d. R. in Civilsachen, Bd. 24, S. 169.

Dieselben Erwägungen finden sich auch in der Beratung zu § 742 des Entwurfes;[11]) „man habe sich überzeugt, dass sie sich, weil dadurch die Sicherheit des Verkehrs gefährdet werde, als Grundlage für das Gesetzbuch nicht eigne. Der Einfluss, den sie auf Theorie und Rechtssprechung ausgeübt und der im Wesentlichen darin bestanden habe, den Bestrebungen einer allzu engen Wortauslegung entgegenzutreten, sei neuerdings im Schwinden begriffen. Mit der Voraussetzung könne, obwohl sich das Leben ihrer nicht selten bediene, als Rechtsbegriff nicht operiert werden. — In zahlreichen Fällen, namentlich wenn die Parteien die Voraussetzung bezeichnet hätten, bilde sie einen Bestandteil des Vertragswillens und stehe zu dem übrigen Inhalte des Vertrags nicht im Verhältnisse des Rechtsgrundes zur Leistung, sondern gehöre selbst zum Vertragsinhalte."

Während so die Kommission mit sich im Zweifel bezüglich der Aufnahme war, im Grunde sich aber ablehnend verhielt, finden wir doch die Voraussetzung da wieder, „wo derselben eine rechtliche Bedeutung zukommen sollte" (Mot. I. S. 249), nämlich in den „besonders" von den Motiven erwähnten §§ 742—44, 290 Abs. 4; 667 Abs. 2; 684 Abs. 2; 1229, 1781, 1948, 1949, 1960 Abs. 2, welche Lenel[12]) einer eingehenden Kritik unterworfen hat.

Merkwürdigerweise ist § 381 d. 1. Ent. (entsprechend § 459) von Lenel nicht in den Kreis seiner Betrachtung gezogen worden. Sämmtliche von den Motiven erwähnten, auf die Voraussetzung sich beziehenden Vorschriften des ersten Entwurfs haben bereits in der zweiten Lesung eine entsprechende Umänderung erfahren. Ins Gesetz selbst sind dann diese Vorschriften in veränderter Form unter strenger Vermeidung des Wortes Voraussetzung übergegangen bis auf jenen § 459, in dem gleichsam wie als „Kukuksei" dieses Wort stehen geblieben ist.[13])

Die Fassung des § 459 lautet:

Der Verkäufer haftet für Fehler, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern."

Was bedeutet dieses Wort in diesem Zusammenhange?

Vor Allem ist zunächst hervorzuheben, dass diese Vorschrift nicht

11) litographiertes Protokoll S. 2955; Stahl S. 3.

12) Die Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs im Archiv für civilistische Praxis Bd. 74 S. 213 ff.

13) Crome im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 78 S. 124.

unter den von den Motiven herangezogenen Paragraphen erwähnt ist, und zwar nicht aus Vergesslichkeit, sondern weil dieser Vorschrift infolge nicht besonderer Hervorhebung „nur die Bedeutung eines die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht berührenden Beweggrundes" beigelegt werden sollte.[14]) Diese Vorschrift ist als einzige mit dem Wort „Voraussetzung" in das Gesetz übergegangen. Es wird nun zu prüfen sein, ob auch das, was der Gesetzgeber sagen wollte, wirklich richtig zum Ausdruck gebracht ist.

Bekanntlich hat Crone in seiner ersten Kritik[15]) allen Ernstes angenommen, dass der Entwurf auch hier vollständig der Windscheid'schen Lehre gefolgt sei; dass also im vorliegenden Falle sogar rein subjektive Mängel und die Abwesenheit „vorausgesetzter" Eigenschaften dem Sammelbegriffe Mangel zu substituieren seien. Doch er kommt später in seinen partiarischen Rechtsgeschäften S. 238 ff. von seiner früheren Ansicht ab und zu einem befriedigenden Resultate.[16])

1. Es liegt zunächst in den Worten:

„nach dem Vertrage vorausgesetzt"

ein objektives Moment; ausschlaggebend nämlich ist die objektive Vertragsbasis der Verkehrsauffassung. Windscheids Lehre ist also abgetan oder wenigstens in ganz erheblicher Weise umgestaltet. Demnach sind fortan nicht mehr die subjektiven Intentionen des Käufers, mögen diese nun ausdrücklich oder stillschweigend aus den begleitenden Umständen für den Verkäufer erkennbar sein, massgebend.[17]) So würde ich mich mit Recht beschwert fühlen, wenn ich in einem besseren optischen Geschäft eine goldene Brille für einen hohen Preis kaufe und statt einer solchen nur eine vergoldete erhalte. Nicht etwa meine subjektive, dem Verkäufer erkennbare Voraussetzung ist hierbei massgebend, sondern die Vertragsbasis der Verkehrssitte.[18])

2. Es liegt aber doch noch ein gewisses subjektives Moment in § 459 Abs. 1, und zwar in den Worten: „dass die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, welche den Wert oder die Tauglichkeit

14) Mot. I, S. 249.

15) Archiv für civ. Praxis, Bd. 78 S. 122 ff., bes. 129.

16) „ . . . . Diese Theorie ist und bleibt abgetan; sie hat zwar die Fassung des Gesetzes beeinflusst, doch ist die Quintessenz nicht mit in den Text eingegangen." Seite 281.

17) Vgl. Lenel: Nochmals die Lehre von der Voraussetzung im Archiv für civ. Praxis, Bd. 79, S. 103—105; Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 282.

18) Allerdings ist es zweifelhaft, ob hier nicht § 119, Abs. II in Frage kommt.

zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern." Es kommt also hierbei auf den speziellen Gebrauch seitens des Käufers an; „der Gebrauchswert ist nicht der gewöhnliche, sondern der vertragsmässig vorausgesetzte." Dieser berechtigt, wenn eine Wertminderung eintritt, zur Redhibitions- oder Minderungsklage. So ist z. B. Käufer berechtigt, Wandelung zu verlangen, wenn er vier Schimmel zu dem ausgesprochenen Zwecke kauft, sie als Viergespann zu benutzen, und ein Pferd nur allein läuft; wie sich später herausstellt.[19]) Auch hier ist die Vertragsbasis objektiv, das subjektive Moment liegt lediglich in den erkennbaren Intentionen des Käufers.

§ 2.

Haftung kraft Garantieversprechens.

Erheblich erweitert kann die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers gemäs § 459 Abs. 2 werden, indem Käufer sich, ähnlich wie im gemeinen Recht mittels eines dictum promissum beim Kaufe besondere Eigenschaften an der Sache vom Verkäufer zusichern lässt. — Im Verhältnis zur gesetzlichen Haftung ist diese Haftung durch drei Momente charakteristisch: Einmal kann Käufer entgegen dem „minima non curat praetor" sich auch ganz geringfügige Eigenschaften an der Sache zusichern lassen; dann tritt diese Haftung auch ein ohne Rücksicht darauf, ob Erwerber bei Anwendung gehöriger Sorgfalt die Mängel hätte kennen müssen, und schliesslich ist der Umfang der Haftung erheblich grösser, als bei der gesetzlichen. Es empfiehlt sich daher, wenn Käufer ganz sicher gehen will, einen Kauf nie ohne ein Garantieversprechen abzuschliessen.

Was versteht man nun unter Zusicherung und unter Eigenschaft?

Unter Zusicherung hat man die in rechtsverbindlicher Absicht abgegebene Willenserklärung zu verstehen, mit der Verkäufer verspricht, für das Vorhandensein gewisser, an der Sache genau bezeichneter Eigenschaften einzustehen (promissa).[1]) Demnach ist Zusicherung keineswegs mit der vertragsmässigen Uebernahme der

19) Steinitz S. 51; Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 286.

1) Es gehören demnach nicht hierher die ausserhalb des Vertrags oder bei demselben angegebenen Eigenschaften, was bereits das römische Recht hervorhob: „Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum". l. 19, § 2, D. de aed. ed. 21,1, Mot. II, S. 225; Planck 2a ad § 459; Ehrlich S. 29, Anm. 23.

Haftung für das Vorhandensein bestimmter Vorzüge etc. zu identifizieren; denn erstere beruht auf Vereinbarung, letztere auf Gesetz.[2]) Da die Zusicherung in rechtsverbindlicher Absicht, obligandi animo, — also ernstlich abgegeben werden muss, gleichgültig, ob ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlungen (s. unten) — quaecunque sic dicuntur, ut praestentur non ut actentur, —[3]) so folgt daraus, dass leere, im Verkehr übliche und erlaubte Anpreisungen oder Reklamen wie: „prima Qualität", „hochfein", „unverwüstlich", „das Beste, was am Platze vorhanden ist"[4]) — quae ad nudam laudem pertinent — keinerlei Rechtswirkung nach sich ziehen. Ob die Willenserklärung ernstlich ist, ist im einzelnen Falle wohl zu prüfen, denn oft kann in dieser nur eine Berichtigung liegen, wie z. B. in den Worten: „Meines Wissens" — oder „ohne Gewähr".

Vollständig unerheblich ist es, ob die versprochenen Eigenschaften für den Wert oder die Tauglichkeit oder die allgemeine Verkehrsanschauung von Erheblichkeit sind;[5]) denn es kann sehr wohl jemand ein Interesse daran haben, ein krankes Pferd oder eine angebrochene alte Vase zu erwerben. Lediglich den Ernst der Zusicherung und die Vertragsfähigkeit der Kontrahenten hat der Richter zu prüfen.

Die Zusicherung kann, wie bereits erwähnt, stillschweigend, durch konkludente Handlungen erfolgen. Diese Statthaftigkeit folgt aus dem Umstande, dass Verkäufer für Mängel im allgemeinen ohne besondere Zusicherung einzustehen hat, unter Mängel aber nicht nur vorhandene Fehler, sondern auch nicht vorhandene Vorzüge (s. unten S. 22) verstanden werden.

Eine solche stillschweigend vereinbarte Zusicherung finden wir beim Kauf nach Probe, nach welchem die Ware der Probe entsprechen soll. Es ist dies etwa kein bedingter Kauf, auch kein gewöhnlicher Handel, nach welchem die Ware d'une qualité et marchande geliefert werden soll, sondern ein Handel mittels eines dictum promissum.

Fällt die gelieferte Ware der Probe entsprechend nicht aus, so braucht Käufer dieselbe nicht anzunehmen und ist berechtigt, Scha-

2) Stahl, S. 12 u. 13.
3) l. 19, D. § 3 h. t.
4) Cosack I, S. 437.
5) Endemann, S. 719, § 161.

densersatz zu fordern.[6]) Auch in diesem Falle ist im einzelnen zu untersuchen, ob in der Bezugnahme auf die Probe auch eine stillschweigende Zusicherung erblickt werden kann, ob nicht vielleicht in dieser nur eine Orientierung beabsichtigt ist.

Die Zusicherung ist kein einheitliches empfangsberechtigtes Rechtsgeschäft, keine pollicitatio, sondern als Teil der Gewährleistungpflicht Inhalt des Vertrages, mithin bei der Notwendigkeit formellen Vertragsschlusses an eine formelle Vertragsurkunde gebunden. Die Zusicherung geht dahin, dass die Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges auf den Käufer vorhanden sein müsse. Hieraus könnte man folgern, dass die Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses fehlen könne; das Gegenteil aber folgt aus § 460. — Allerdings können die Parteien das Vorhandensein von Eigenschaften auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges hinausschieben; alsdann aber liegt, wie Eccius S. 311 hervorhebt, kein selbständiger Nebenvertrag vor, sondern nur eine Aenderung des Inhalts der Gewährleistungspflicht; denn der Wille der Parteien geht dahin, „dass für die Eigenschaft grade ebenso gehaftet werden soll, wie wenn die Eigenschaft als schon bei dem Vertragsschluss vorhanden zugesichert wird." Von einem Nebenvertrage kann aber nur dann die Rede sein, wenn der Verkäufer die Herstellung der zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges verspricht.

Wann die Zusicherung erfolgen soll, ist im B.G.B. nicht gesagt. In der Regel wird sie beim Kaufabschluss stattfinden; sie kann aber auch, wie bei dem Kauf nach Probe, bereits vorher erfolgen; ob auch nachher ist fraglich. Im ersteren Falle kommt es in Frage, ob sie nicht stillschweigend in den folgenden Vertragsschluss aufgenommen wird, im letzteren Falle, ob nicht ein stillschweigend angenommener Abänderungsvertrag vorliegt. Jedenfalls muss im einzelnen Falle entschieden werden, ob Verkäufer wirklich eine rechtsverbindliche Erklärung in dieser Hinsicht noch habe abgeben wollen.[7])

Was nun den Zeitpunkt für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft anbelangt, so kann einmal ausbedungen sein, dass die Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden sein soll, dann aber auch, dass sie erst zur Zeit des Gefahrüberganges existieren soll. Beide Arten begründen die

---

6) Vgl. l. 13, § 3, D. eod. l. 31, § 1, D. de aedilit. edicto 21,1; ferner Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, 1. Bd. 1827, S. 208 ff.; Ehrlich S. 33, bes. 48—51.

7) Epping S. 14; Ehrlich S. 34.

Gewährleistungspflicht, doch mit dem Unterschied, dass im ersteren Falle beim Nichtvorhandensein Verkäufer gemäss § 463 sogar schadensersatzpflichtig ist.

Unter Eigenschaft hat man nach Dernburg[8]) „alle für den Käufer erheblichen Beziehungen einer Sache" zu verstehen. Nach strenger Wortauslegung des § 459 Abs. II, der nur von „zugesicherten" Eigenschaften spricht, könnte man annehmen, dass lediglich „positive" (anscheinend oder wirkliche) Vorzüge gemeint sind. Dass dem aber nicht so ist, folgt daraus, dass das B.G.B. das Wort Mängel ohne jegliche Einschränkung gebraucht, und weil dem Käufer beim Fehlen der ausbedungenen Eigenschaften besondere Rechte erwachsen. Demnach sind nicht nur Vorzüge, sondern auch Fehler Eigenschaften einer Sache, denn letztere machen ja tatsächlich die Sache zu einer anderen, als sie es in Wirklichkeit ist.[9])

Das A.L.R. stellte in I. 11. §§ 207 ff. Vorschriften auf, inwieweit Angaben über Mass, Zahl und Gewicht als Eigenschaften der Sache anzusehen sind, und verpflichtete den Verkäufer in einem solchen Falle bei Abweichung zur Nachlieferung, da es in der Leistung eine „unvollständige" erblickte.[10]) Das B.G.B. enthält hierüber keine besonderen Vorschriften. Demnach wird es im einzelnen Falle[11]) festzustellen sein, inwieweit Angaben von Mass, Zahl oder Gewicht als Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. II anzusehen sind. So enthalten Angaben hinsichtlich der Grösse eines Hutes, der Stärke von Brettern unbedingt Qualitätseigenschaften.

Aber auch Bezeichnungen hinsichtlich eines tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisses,[12]) welche die Sache in den Augen des Käufers als wertvoller erscheinen lassen und ihn daher zum Kaufabschluss veranlassen, können als Eigenschaften aufgefasst werden; z. B. Zusicherungen des Verkäufers, dieser Wein sei Tokayer 95. Jahrgang, diese Villa hätte einst Napoleon bewohnt, dieser sei der Spazierstock Schopenhauers gewesen.[13])

---

8) Preussisches Privatrecht Bd. II. § 143, Anm. 5.

9) Kloss, S. 275; Steinitz, S. 54/55.

10) Vgl. auch § 906, Satz 1 des Sächs. G.B.

11) z. B. kann das Gewicht als Eigenschaft angesehen werden, wenn z. B. die Güte der Ware davon abhängt (leichter und schwerer Waizen), auch die Grösse (Bauhölzer von bestimmter Länge).

12) Cosack, S. 437, § 128 2, 3.

13) Ehrlich S. 31.

Für den Fall, dass Verkäufer ein Versprechen für Abwesenheit sämmtlicher Fehler gibt, enthält das B.G.B. keine Vorschrift. Auch da wird in concreto zu prüfen sein, ob sich die Zusicherung nur auf die Abwesenheit gesetzlicher Fehler zu beziehen hat.

Ebenso ist darüber keine gesetzliche Bestimmung getroffen, ob die zugesicherten Vorzüge im höchsten Grade vorhanden sein müssen. Hier dürfte aber § 157 Platz greifen, wonach eine Leistung nach Treu und Glauben zu erfüllen ist.

Während aber das B.G.B. die Frage, ob Quantitäts- und Qualitätsangaben bei beweglichen Sachen als Eigenschaften aufzufassen sind, dem richterlichen Ermessen überlassen hat, hat sie dieselbe Frage bei Grundstücken im Anschluss an das römische (l. 2. pr. D. 19. 1), preussische (A.L.R. I. 11. §§ 207 ff.) und sächsische (§ 1097) Gesetz im positiven Sinne entschieden und damit eine für die Praxis unerfreuliche Streitfrage gelöst;[14]) denn wäre in dieser Beziehung keine Regelung erfolgt, so wäre es einerseits zweifelhaft gewesen, ob ein bestimmter Flächeninhalt als „zugesichert" erscheint, andererseits, wie überhaupt die Angabe eines Flächeninhalts rechtlich aufzufassen sei.[15])

§ 468 bestimmt nämlich:

„Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Grösse des Grundstücks zu, so haftet er für die Grösse wie für eine zugesicherte Eigenschaft."

Es handelt sich um eine Zusicherung; demnach sind Angaben zur Orientierung des Käufers rechtlich ohne Bedeutung; dagegen wird in der Angabe einer bestimmten Anzahl Quadratmeter oder Quadratruten Bauland unbedingt eine Zusicherung zu erblicken sein,[16]) wenn dieses zu einem Gesammtpreise verkauft wird, andererseits liegt z. B. nur ein dictum vor, wenn beim Ankauf eines Jagdreviers angegeben wird, dasselbe erstrecke sich auf 3000 Morgen.[17])

Was aber von einem einzelnen Grundstück gilt, ist auch bei der Veräusserung eines Inbegriffes von Grundstücken anzunehmen, die in diesem Falle als ein Grundstück angesehen werden.

---

14) Hinsichtlich der verschiedenartigen partikularrechtlichen Regelungen vgl. Hasslacher S. 59.

15) Mot. II. S. 234.

16) Oertmann I, Abs. 3 ad § 468.

17) Ehrlich, S. 32.

§ 3.

Haftung wegen Arglist.

Während nun, wie wir bereits hervorgehoben haben, § 459 Abs. I analog dem ädilitischen Edikt die Haftung des Verkäufers der Kaufsache auf Wandelung und Minderung des Kaufpreises regelt, steigert sich seine Haftung gemäss §§ 460 Satz 2, 480 Abs. II auf vollen Schadensersatz, sobald er einen Fehler der Sache arglistig verschweigt. Dieser Anspruch steht dem Käufer elektiv neben Wandelung und Minderung — bei Gattungssachen auch neben dem Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache — zu. Es ist dies eine Inkonsequenz des Gesetzes, wie dies die Motive II S. 229 selbst zugeben. Denn streng logisch müsste, da ja der dolus im vorliegenden Falle ein sog. dolus causam dans ist, § 123 zur Anwendung kommen, nach welchem Käufer nur das Recht der Anfechtung hat, mit der Wirkung, dass ihm alsdann nur ein negatives Vertragsinteresse zusteht. § 463 stellt somit eine Durchbrechung des allgemeinen Prinzips dar — eine lex specialis. Selbstverständlich steht dem Käufer auch das Recht aus § 123 zu, wenn er sich mit einem Minus von Ersatz begnügen will.[1])

II. Kapitel.

§ 4.

Der Gefahrübergang.

Das Wort periculum, „Schaden", „Gefahr", „Risiko" hat im juristischen Sinne eine weit engere Bedeutung, als der laienmässige Sprachgebrauch diesem Worte beimisst. Nach Flatau (S. 23) ist periculum im technischen Sinne „die Gefahr kasuellen Unterganges, kasueller Verschlechterung des Leistungsobjektes, insofern dieser Untergang, diese Verschlechterung für eine Partei unmittelbar aus der Obligation entstehenden Schaden zur Folge hat." Gemeint ist hier lediglich Vermögensschaden. — Die kasuelle Vernichtung braucht nicht notwendig eine physische zu sein, sondern wir werden in Uebereinstimmung mit den Quellen (l. 14 D. 18. 6 „materia empta si furto periisset" — l. 55. i. f. D. 41. 1) auch dann einen interitus anzunehmen haben, wenn dem Käufer die materielle Benutzung der Sache unmöglich geworden ist; z. B. infolge Diebstahls. Nicht dagegen kommt in Betracht der mögliche Verlust von dinglichen Rechten. Während das römische Recht das periculum interitus und deteriorationis nicht gleichmässig behandelt,[2]) kennt

1) Leistner S. 31; Ehrlich S. 34 ff.

2) Vgl. Bruck S. 3.

das B.G.B.[1] in dieser Beziehung keinen Unterschied. Dies erhellt aus der Bestimmung des § 459. — Während das römische Recht den Gefahrübergang an die emptio venditio perfecta knüpfte, erfolgt nach B.G.B. dieser mit der Uebergabe. — Dieselbe verschafft die unmittelbare oder mittelbare tatsächliche Herrschaft über das Objekt und erfolgt demgemäss real, d. h. durch unmittelbare Besitzübertragung, oder ideal durch die Surrogate derselben: constitutum possessorium und brevi manu traditio. Ob Anspruchsabtretung (§ 931) statthaft ist, ist zweifelhaft. — Doch wird man mit Oertmann (ad § 459) und Cosack deren Gültigkeit annehmen dürfen, da eine erhebliche Abweichung nicht festzustellen ist; massgebend eben ist die tatsächliche Herrschaft, die hier mittelbar ist.

Im übrigen unterscheidet das B.G.B. zwischen Mobilien und Immobilien.

Mobilien.

1. Beim Abholungskauf (d. h. wenn Käufer die Sachen abzuholen hat) geht die Gefahr mit der Tradition auf den Käufer über. (§ 269.)

2. Beim Versendungskauf ist zu unterscheiden:[1])

a) Versendet auf Verlangen[2]) des Käufers der Verkäufer die verlangte Sache nach einem anderen als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt übergeben hat." (§ 447 Abs. I, nachgebildet dem Art. 345 d. a. H.G.)

b) Beim sog. „Fernkauf" oder „qualifizierten Versendungskauf"[3]) legen die Parteien die Zusendung derartig in den Vordergrund, „dass der Schwerpunkt der Verkäuferobligation und damit der Erfüllungsort wirklich an den Bestimmungsort verlegt wird;" so steht derselbe hinsichtlich des Gefahrübergangs einem gewöhnlichen Abholungskaufe gleich.

---

1) Erfüllungs- oder Leistungsort: § 269; Bestimmungsort ist derjenige, wohin die Sache versendet werden soll: § 447; Ablieferungsort ist derjenige, an dem der Empfänger die Sache in seine Gewalt bekommen soll: § 391. Fischer u. Henle. Kommentar zum B.G.B. Anm. ad. § 269; ferner Ecks Vorträge über das R. des B.G.B., S. 263, Anm. 4.

2) Nicht dagegen aus freien Stücken, sei es auch mit Ermächtigung des Käufers; Cosack § 124.3[8]a, S. 409; vgl. im übrigen die Ausführungen unter Nr. 5 S. 26 ff.

3) Dernburg, S. 20; Cosack, S. 408/7; F. und H. a. a. O. 6 ad. § 447.

Doch ist aus dem Umstande allein, dass der Käufer die Transportkosten übernimmt, nicht, wie § 269 Abs. II bestimmt, zu entnehmen, dass der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll, — auch dann selbst nicht, wie Dernburg (S. 21) hinzufügt, wenn er ausserdem die Transportgefahr übernahm, ebensowenig aus der im Seeverkehr üblichen Klausel „cif“,[4]) nach der der Verkäufer nur zur Tragung der Kosten, Verladung, Versicherung und Fracht verpflichtet ist.

4. Der Kauf in Bausch und Bogen[5]) (e. v. in aversione) liegt dann vor, wenn für eine Mehrheit von Individuen ein einheitlicher Gesammtpreis verabredet ist. Er ist ein Spezieskauf, bei welchem die Gesammtheit der Waaren („alles, was hier ist“) als eine Waare, als ein Individuum anzusehen ist, „es müsste denn, was in nicht seltenen Fällen zutreffen mag, in concreto die Absicht der Parteien auf ein Absehen von dem Untergange einzelner Stücke oder von deren Beschaffenheit gerichtet sein.“[6]) Eine solche Absicht wird sich im Einzelfalle leicht feststellen lassen.

5. Der Uebergang der Gefahr beim[7]) Genuskauf bietet in seiner rechtlichen Behandlung zum Teil dieselben Schwierigkeiten wie im gemeinen Recht, und es bleibt daher nichts übrig, wenn auch in aller Kürze, auf die alten Kontroversen wiedereinzugehen. Einfach liegt zunächst der Fall, wenn Käufer die Genus-

4) d. h. cost, insurance (Versicherung), freight (Fracht), zuweilen cost included freight.

5) Vgl. A.L.R. I, 11, § 117; wonach bereits mit dem Vertragsabschluss die Gefahr auf den Käufer überginge. Im übrigen verweise ich auf die genauen Ausführungen in l. 35, § 5, D. XVIII, 1; l. 62, § 2, D. XVIII, 1; l. 4, § 1, 2, D. XVIII, 6, Gruchot in der Zeitschrift für Handelsrecht III, 471 ff.; Striethorst Archiv, Bd. 13, S. 90 ff., Bd. 10, S. 117 ff., Bd. 30 S. 226; Seuffert, Archiv X, 147; VI, S. 27; III, 157.

6) Mot. II, S. 324; Oertmann, Anm. 5b ad. 446; Planck d. ad. § 446; E. in G. 336/337.

7) Ein Gattungskauf liegt nach Förster vor, „wenn der Leistungsgegenstand nur nach der Qualität und Quantität, also abstrakt, nicht nach seiner individuellen, konkreten Beschaffenheit bestimmt wird, gleichviel, ob die Sache ihrer Natur nach fungibel ist oder nicht. Die Qualität wird bestimmt durch Probe oder Muster, durch Vergleichung mit der Gattung, aus welcher die Leistung erfolgen soll, die Quantität durch Gewicht, Mass, Zahl.“ Vgl. F. Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. Berlin 1866, Bd. II, § 128, S. 108; Bekker, zur Lehre vom Genuskauf in s. Jahrbüchern, Bd. 5, S. 350—54 ff.; Ihering in s. Jahrbüchern, Bd. 4, S. 366; Eck, Vorträge S. 236 ff.

ware beim Verkäufer abzuholen hat, alsdann erfolgt mit der realen Tradition durch Zumessen beim Verkäufer der Gefahrübergang auf den Käufer — auch dann, wenn dieser die Genusware vermengt mit der für einen dritten sich geben lässt. Ebenso leicht liegt der Fall, wenn Verkäufer zum Bringen verpflichtet ist: durch Zumessen beim Käufer. Schwierigkeiten bietet lediglich jener oben citierte § 447 Abs. 1 und zwar in zweifacher Beziehung.

a. Ausschlaggebend für die Transportgefahr ist — ebenso wie für den gewöhnlichen Gefahrübergang — die Tradition. In dieser Auslieferung an die zum Transport bestimmte Mittelperson eine Quasi-Tradition an den Käufer selbst zu erblicken, mag gekünstelte Jurisprudenz sein — dies mag zugegeben werden — aber daraus, wie es die Motive II S. 328 tun, zu schliessen, dass im übrigen die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Vertragschliessenden unberührt bleiben sollen, dass insbesondere dem Käufer, wenn die Sachen auf dem Transporte untergegangen sein sollten, trotzdem die Rechtsmittel wegen mangelhafter Beschaffenheit der Sache verbleiben sollten," ist nicht schlüssig und macht diese lex specialis völlig überflüssig.

b. Ferner ist von Bruck (S. 58) nicht zu Unrecht abermals die Frage angeregt worden, ob im vorliegenden Falle — da ja eine Anlehnung an das A.L.R. [8]) und den Art. 345 Abs. 1 des a. H.G. unverkennbar vorliegt — nicht schon die Individualisierung allein den Gefahrübergang herbeiführe — oder nicht Ausscheidung und Auslieferung zum periculum notwendig seien. Ich meine, dass hier der Ihering'sche Gesichtspunkt, dass nämlich die Lieferung schon als solche, gleichviel, ob mit oder ohne reale Ausscheidung zur Uebertragung der Gefahr auf den Käufer ausreiche, und berufe mich zum Beweise auf die Motive II § 465 S. 320 und auf den Wortlaut des Gesetzes, der zu einer anderen Interpretation nicht zwingt.

Desgleichen ist noch zu untersuchen, welche rechtliche Bedeutung hinsichtlich des periculum der Genuskauf, die emptio venditio ad mensuram und der Kauf fungibler Sachen nach dem B.G.B. haben. Da das Gesetz im Gegensatz zum A.L.R. § 207 Th. I Tit. 11 sich einer positiven Regelung enthält, sei auf die gemeinrechtliche Doktrin verwiesen, speziell auf die eingehenden Monographien von

8) L.R. I. 11. § 128.

Bruck[9]) und Flatau.[10]) Um nicht in Wiederholungen zu verfallen, sei hier nur das Resümé der Lehre rekapituliert.

Wir wissen, dass die gemeinrechtliche Theorie zwischen obigen drei Käufen feine Unterschiede herausfand, dass beim Genuskauf die Art der Warenbestimmung, bei Kauf nach Mass etc. die Preisbestimmung das Charakteristische sei, der Kauf von Fungibilien in der Mehrzahl der Fälle ein Genuskauf sei, doch müsse man im Auge behalten, dass durch Parteivereinbarung in concreto auch eine Spezies gekauft werden könne. Wir wissen ferner, dass die rechtliche Natur der emptio venditio ad mensuram sehr bestritten war, indem man sie bald unter die Alternativ-Obligationen, bald unter die bedingten Obligationen, bald unter den Genuskauf unterzubringen suchte. Diese durch die l. 38. § 7. D. 18. 1; l. 5. D. 18. 6; l. 2. pr. C. 4. 48. heraufbeschworenen Kontroversen, die sich mit dem admetiri und tradere beschäftigten, hat unter anderen auch Bruck beseitigt, indem er durch seine zwingenden Ausführungen bewies, dass der Kauf nach Mass nichts weiter als ein beschränkt generischer Kauf sei. Auf jene nun im Anschluss an den Genuskauf entstandenen Theorien von Thoel, Ihering, Bekker, Regelsberger etc. kann natürlich nicht eingegangen werden, — sie sind oft genug einer Kritik unterzogen worden. Annehmenswert allein ist Iherings Lieferungstheorie, die auch im Gesetze zum Ausdruck gebracht ist. — Ich verweise daher im übrigen auf Flatau S. 74 und Bruck S. 49.

Schliesslich möge noch die Frage erörtert werden, welche rechtlichen Folgen der partielle deterius bezw. die teilweise Verschlechterung der Genussache auf Seiten des Käufers hervorbringt. Hier ergibt sich dasselbe Resultat wie im gemeinen Recht; denn wie bereits oben gezeigt, geht mit der Transportgefahr auf den Käufer dieser — entgegen der Ansicht der Motive bei Sachmängeln auch seiner Rechtsmittel verlustig. Es bestellen z. B.[11]) der A in X und der B in Z bei einem auswärtigen Kohlenhändler je 600 Zentner Kohlen. Da die Städte X und Z an demselben Flusse lagen, liess der Kaufmann die für den A be-

9) Wilhelm Bruck, Die Verteilung des periculum bei partiellem Untergang einer Quantität, von der ein nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmter Teil verkauft, aber noch nicht ausgeschieden war. Erlanger Dissertation. Berlin 1895.

10) Ludwig Flatau: Über das Tragen der Gefahr beim Genuskaufe. Breslauer Dissertation 1880.

11) Das Beispiel ist von Brück, S. 47.

stimmten Kohlen zusammen mit denen des B verladen, und zwar auf deren Verlangen. — Die Verladung geschah in der Art, dass 800 Zentner in einem grösseren, 400 Zentner in einem kleineren Kahn transportiert wurden. — Gehen nun beide Kähne unter, so haben beide Käufer den Kaufpreis zu zahlen, ohne einen Ersatzanspruch geltend machen zu können. Geht aber nur ein Kahn unter, oder wird seine Ladung infolge irgend eines Umstandes verschlechtert, so haben beide Käufer pro rata den Verlust zu tragen, — ebenfalls ohne einen Ersatz verlangen zu können.

6. Bei mora accipiendi hat der Käufer die Folgen zu tragen, ausserdem haftet der Verkäufer gemäss § 300 Abs. I nur für dolus und culpa lata. Bei einem Abholungskauf,[12]) d. h. bei einem Kauf, bei dem Käufer das Abholen der Kaufsache übernommen hat, gerät dieser bereits dann in Verzug, wenn er seine Mitwirkung versagt; z. B. wenn er bei einer Lieferung einer Quantität von Wein die Bereitstellung oder Zusendung der nötigen Flaschenanzahl verweigert hat, — trotz einer Mahnung seitens des Verkäufers. Voraussetzung ist Lieferungsbereitschaft, welche als solche Tatfrage ist: l. 3. § 4 D. 19. 1: „mora autem (sc. emptoris) videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere". Hat dagegen Käufer nichts weiter zu tun, als die Sache abzunehmen, dann gerät er in Verzug, wenn er die Sache nicht annimmt (§ 293) — oder erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde. (§ 295). Bei einer

12) Das B.G.B. lässt die Frage offen, welche rechtlichen Verpflichtungen der Käufer beim Kauf einer Genussache hat. Wir werden in Übereinstimmung mit dem römischen Recht beim admetiri „Zumessen" eine Mitwirkung des Käufers zu verlangen haben, notwendig ist das Moment der Willenseinigung beider Teile. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. XVI, S. 42. Wenn daher der Käufer das in genere bestimmte Individuum nicht abholt, dann ist eine den Verkäufer liberierende Zumessung an den Käufer nicht möglich, gleichwohl ist letzterer in mora. Dasselbe gilt, wenn Verkäufer erklärt, er werde die bestellten Kohlen z. B. absenden, und Käufer erklärt, er werde diese nicht annehmen. Vgl. Flatau S. 77. Jedenfalls steht es dem Verkäufer bei mora des Käufers jederzeit frei, einseitig die Qantität auszuscheiden die dann auf Gefahr des Käufers lagert; nur in einem Falle werden wir die eigenmächtige Ausscheidung seitens des Verkäufers als unzulässig zu betrachten haben, nämlich dann, wenn diese ausdrücklich vertragsmässig dem Käufer vorbehalten wurde; doch erleidet diese lex contractus nach dem Präjudizium des R.O.H.G. (Bd. XV, 45) dann eine Modifikation, wenn Verkäufer aus der geschuldeten Quantität soviel verkauft, dass die dem ursprünglichen Käufer geschuldete gleiche Quantität noch zurückbleibt.

gattungsmässig bestimmten Sache ist vorherige Individualisierung notwendig, die aber nicht darin besteht, dass Verkäufer ein bestimmtes zur Gattung gehöriges Stück zum Zwecke der Lieferung ausscheidet, sondern darin, dass er dieses Stück auch gemäss § 300 Abs. II dem Käufer anbietet; — ob ein wörtliches oder tatsächliches Angebot erforderlich ist, richtet sich nach dem Vertrage; doch wird fast regelmässig Realoblation erforderlich sein. Im übrigen sind die Rechtsfolgen in jenem oben No. 5 S. 28, 29 genannten Beispiele dieselben. — Tritt also totaler deteritus bei Waaren, die sich im Gemenge mit denen des Verkäufers oder dritter Personen befinden, so erlischt die Käuferobligation, dem Verkäufer bleibt aber sein Anspruch auf sein Pretium. Bei partiellem deteritus partizipieren jedoch Käufer und Dritte pro rata auch hier, ungeschadet ihrer Verpflichtung zur Preiszahlung. Eine von Cosack (I § 124 No. 2b) gerügte Ungenauigkeit des § 447 Abs. I sei noch hervorgehoben. — Trotz der peinlichen Formulierung im Gesetze ist der Fall nämlich nicht berücksichtigt, wenn Verkäufer die Versendung in eigener Person betreibt. Wir werden hier mit Cosack den Gefahrübergang auf den Käufer dann anzunehmen haben, wenn Verkäufer mit der Versendung beginnt; oder wenn Verkäufer sich seines Laufburschen bedient, wenn dieser mit dem Wegbringen tatsächlich beginnt.

Immobilien.

Seit dem Erlass des preussischen Eigentumserw.-Gesetzes vom 5. Mai 1872 war die Frage bezüglich des Gefahrüberganges bei Immobilien sehr bestritten. Diese unerquickliche Kontroverse hat das B.G.B. im § 446 Abs. II beseitigt. Nach dieser Vorschrift geht beim Verkauf von Grundstücken die Gefahr mit der Uebergabe, bezw. mit der Eintragung des Käufers in das Grundbuch auf diesen über. Die Begründung für diese Bestimmung geben uns die Motive (II S. 322, 323). Hiernach wäre das periculum nur an die Tradition geknüpft ungerechtfertigt und dem Parteiwillen widersprechend; „denn die Parteien, welche die Eintragung des Eigentumsüberganges erwirkt haben, werden fast ausnahmslos von der Absicht geleitet und stillschweigend einverstanden sein, dass der Käufer fortan auch die Gefahr zu tragen habe.“ — Andererseits ist die Verbindung beider Akte: Tradition und Eigentumseintragung offenbar unzulässig; „denn es kann der Uebergang der Gefahr augenscheinlich keineswegs von der Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig gemacht werden“,

man denke nur an den oft vorkommenden Fall, dass Verkäufer z. B. infolge mangelnder Legitimation oder weil noch Widersprüche im Grundbuche zu beseitigen sind, garnicht die Auflassung vornehmen kann.[13]) — Und wenn auch von den Motiven selbst Bedenken gegen jene Vorschrift des § 446 Abs. II mit vollem Recht hervorgebracht werden, — „wenn nämlich dem einen Käufer tradiert, dem anderen aufgelassen wird, und nachher erst die Sache von einer Gefahr betroffen wird" — so ist doch andererseits den Motiven unbedenklich darin zuzustimmen, „dass diese Regelung dem Wesen des Kaufvertrages und der regelmässigen Parteiintention entspricht, zudem die rechtsgeschichtliche Entwickelung für sich hat," wodurch die Zweifel bezüglich der Berechtigung dieser Vorschrift überwunden werden.

III. Kapitel.

Die Rechtsmittel des Käufers.

§ 5.

Über die Ansprüche des Käufers im Allgemeinen.

Hand in Hand mit der wirtschaftlichen und Kultur-Entwickelung eines Volkes geht auch die des Rechtes. Man verlangt Elastizität des Rechtsverkehrs, Rechtssicherheit und ausgleichende Gerechtigkeit. Es ist daher nur natürliche Notwendigkeit, dass die engen Schranken des Formenzwanges und die mit diesem zusammenhängenden Unbilligkeiten fallen, und eine Verschiebung auf dem bisherigen Rechtsgebiete teils durch Gewohnheits-, teils durch Gesetzes recht eintritt. — Deutsche und Römer haben diese Epoche von einander unabhängig durch gemacht. Man verlangte Rechtsschutz im ausgedehnten Masse, und dieser wurde auch gewährt, freilich in beiden Rechten. Mit der Reception des römischen Rechts hat aber das kurulische Edikt, das in scharfsinniger Weise die Notwendigkeit des ergiebigsten Schutzes des Käufers begründete, — wo dieses nicht gemeines Recht wurde — Nachklang gefunden in den meisten damaligen und selbst neuesten Kodifikationen.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat denn auch auf der Grundlage der bisherigen Gestze und der Fortschritte der Wissenschaft, aus Gründen der Zweckmässigkeit, der Verkehrssicherheit und materiellen Gerechtigkeit dem Käufer den weitgehendsten Schutz gewährt.

13) Ortmann ad 446; E. in G. S. 836; Cosack S. 437, § 128, Nr. 2; Schollmeyer S. 15.

So stehen dem Käufer in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht, dem A.L.R., dem code civil und sächsischen Gesetzbuch (Mot. II. S. 227) in elektiver Klagekonkurrenz die Rechte auf Wandelung und Minderung zu, sofern nach § 459 Abs. 1 dem Kaufobjekt zur Zeit des Gefahrüberganges Mängel anhafteten — beim Viehkauf dagegen nur das Recht auf Wandelung. Wir sehen hier eine geschickte Verschmelzung deutscher und römischer Grundsätze — insofern einmal der Tradition massgebende Bedeutung beigelegt wurde, andererseits die Erheblichkeit des Mangels im deutschen Recht für irrelevant angesehen wurde.

In gleicher elektiver Auswahl stehen dem Käufer neben jenen Rechtsmitteln beim Gattungskauf noch das Recht auf Nachlieferung einer mangelsfreien Sache zu. Hiermit ist die berechtigte gemeinrechtliche Kontroverse aus der Welt geschafft, die die ädilitischen Rechtsmittel bei dieser Art des Kaufes in Frage stellte und in Uebereinstimmung mit der überwiegenden bisherigen Praxis, den Bestimmungen der meisten Kodifikationen und der Ansicht der grösseren Anzahl der Autoritäten bejahend entschieden worden. Die Einräumung des soeben genannten dritten Rechts entspricht vollkommen dem Billigkeitsgefühle und den kontraktlichen Verhältnissen des Käufers.[1])

Schliesslich steht dem Käufer noch — ebenfalls in elektiver Auswahl mit jenen drei Ansprüchen — noch ein viertes Recht zu, nämlich das auf Schadensersatz und zwar in zwei Fällen. Zunächst bei dolus des Verkäufers gemäss §§ 460, 463 Satz 2. 480 Abs. II, und dann, wenn seitens desselben die Abwesenheit von Fehlern zugesichert worden ist: § 463 Satz 1, § 480 Abs. II, §490 Abs. I; wobei hervorzuheben ist, dass die zugesicherte Eigenschaft bezw. die Zusicherung hinsichtlich des Nichtvorhandenseins bestimmter Fehler bei Speziessachen zur Zeit des Vertrages § 463, bei Geltungssachen zur Zeit des Gefahrüberganges auf den Käufer fehlen muss.

§ 6.

Wandelung.

I.

Wegen eines Mangels der Kaufsache, den Verkäufer nach den Vorschriften des § 459 zu vertreten hat, kann Käufer nach § 462 Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung

1) Mot. II, S. 241 ff.

des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Während aber die römisch-rechtliche actio redhibitoria dahin ging, unmittelbar den Zustand vor dem Verkaufe der Sachen wiederherzustellen, — also, wenn die Sache bereits übergeben und der Kaufpreis bereits bezahlt war, die Sache gegen Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises zurückzunehmen,[1]) stellt sich nach dem bürgerlichen Gesetzbuch der Wandelungsanspruch als Vertrag dar; denn nach § 465 ist der Käufer bei einem Mangel der Kaufsache berechtigt, die Aufhebung des Kaufs oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag zu verlangen; — alsdann ist Wandlung oder Minderung „vollzogen", wie sich das Gesetz ausdrückt. Ist aber die Wandlung oder Minderung vollzogen, dann kann erst die Realisierung der Ansprüche erfolgen. — Dies drückt § 467 aus, welcher vorschreibt, dass auf die Wandelung (d. h. auf die vollzogene!), die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen der §§ 346—348, 350—354, 356 entsprechende Anwendung finden sollen, mit der Massgabe, dass die Wandelung im Falle des § 352 ausgeschlossen sein soll, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. — Demnach sind scharf von einander zu trennen:[2])

1. Das Recht auf Wandlung.
2. Das Recht aus der Wandelung.

---

1) Ulpian definiert die actio redhibitoria: „redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio." l. 21 pr. D. XXI Tit. I de aedilicio edicto et redhibitione.

2) Die Verwechslung beider Rechte („auf" und „aus" der Wandlung) hat Leistner S. 37 ff. dazu geführt, in § 465 eine doppelte Inkonsequenz zu erblicken, einmal gegen die Vorschrift des § 349, nach welchem der Vollzug der Wandlung durch einseitige Erklärung des Wandelnden zu erfolgen gehabt hätte, dann gegen die Bestimmungen der §§ 145 ff., die nicht zur Anwendung kommen dürften. — Hiergegen sei bemerkt 1. dass § 349 (Leistner zitiert irrtümlich § 348) garnicht zur Anwendung kommt, — es ist überhaupt scharf zu scheiden zwischen dem Rechte zurükzutreten (§§ 350—353) und dem Rechte „nach" erfolgtem Rücktritt. Es erfolgt aber der Rücktritt durch Abgabe einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung (§ 349). Grade diese Bestimmung ist aber absichtlich von der analogen Anwendung auf die Wandelung ausgeschlossen, 2. dass Leistner selbst mit seinen Behauptungen in Widerspruch gerät, indem er S. 37 oben sagt: „Dieser Vertrag (gemeint ist der Wandlungs- bezw. Minderungsvertrag) untersteht als solcher den allgemeinen Vertragslehren," gleich darauf S. 38 . . . „doch ist der Vertrag entgegen der Regel des § 145 kein unwiderruflicher." — Ist das Wesen der Wandlung zunächst aber ein Vertrag, dann muss dieser aber den

I.

Das Recht auf Wandelung.

1. Aussergerichtliche Geltendmachung.

Das Recht auf Wandelung stellt sich nach § 462 als ein Verlangen dar. Dieses Verlangen ist ein Anspruch. Als Anspruch aber ist dieses Recht deswegen geschaffen worden, um für die Verjährung eine Grundlage zu gewinnen, die notwendig ist, um Qualitätsmängel an der Sache zu ermitteln, deren Feststellung nach Verlauf längerer Zeit unmöglich ist. (Mot. II. S. 238.) Da das „Tun" hier auf „Abgabe einer Willenserklärung" gerichtet ist, so ist allerdings die Konstruktion dieses Rechtes als Anspruch etwas sehr gesucht. (vgl. Fischer in „den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs in Heft 6: „Recht und Rechtsschutz § 8, S. 85 ff.; Künzel in Gruchots Beiträgen Bd. 41, S. 432; Prot. I., S. 676, 677, 680.)

Dieses Wandelungsbegehren ist eigentümlich durch zweierlei: einmal enthält es einen Vertragsantrag, dann eine Verpflichtung zur Annahme desselben. Hierdurch wird die Anwendung der §§ 145 schwierig, und es ergeben sich Inkonsequenzen aus § 465. Nur einige mögen hervorgehoben werden:

Erlischt der Wandelungsantrag des Käufers gemäss § 146 infolge nicht rechtzeitiger Annahme seitens des Verkäufers, so gilt eine verspätete Annahme gemäss § 150 als erneuter Vertragsantrag, den nunmehr nur Käufer entgegen der Vorschrift des § 465 annehmen kann. Das Gleiche tritt ein, wenn nach § 466 Verkäufer unter Erbieten zur Wandelung den Käufer auffordert sich zu erklären, ob er Wandelung verlange oder nicht, und Käufer den Vertragsantrag des Verkäufers annimmt.

Lehnt ferner z. B. Verkäufer den ihn vom Käufer gestellten Vertragsantrag ab oder nimmt er ihn nicht rechtzeitig an, so ist er, da ja der Antrag gemäss § 146 erlischt, infolge seines Verschuldens gemäss § 280 schadensersatzpflichtig, wobei aber der

---

allgemeinen Vertragslehren unterstehen und es finden dann notwendigerweise die Vorschriften der §§ 145—157 Anwendung. Im übrigen liegt aber auch kein Grund vor, diese nicht anzuwenden; denn 1. ist im Gesetze von einer Nichtanwendung dieser Bestimmungen gar keine Rede; 2. wenn Käufer seine Gebundenheit bei seiner Vertragsofferte ausschliessen will, dann steht es ihm ja frei, diese unter dem Vorbehalt abzugeben, dass er, falls bei späterer Veränderung der Umstände (z. B. Konkurs des Verkäufers) die Minderung für ihn vorteilhafter sein sollte, als die jetzt angetragene Wandelung, zu ersterer zurückgreifen wolle.

Umstand zu berücksichtigen ist, dass hierdurch ein neues Wandelungsbegehren seitens des Käufers durch erneuten Antrag gemäss § 254 Absatz 2 vermieden werden kann.[3])

Doch erscheinen mir die infolge des Vertragsantrags und der Erzwingbarkeit seiner Annahme auf Seiten des Verkäufers sich ergebenden Inkonsequenzen aus § 465 hinsichtlich der Anwendung der §§ 145 ff. wenig erheblich, da es doch im Grunde nur auf das Zustandekommen des Vertrags ankommt.

Zwei sehr wichtige Folgerungen[4]) ergeben sich aber doch aus der Vertragskonstruktion des Wandlungsanspruchs:

1. kann Verkäufer erst nach seiner Einwilligung in den Wandlungsvertrag mit der Rückgewähr des Kaufpreises, der Zinsen etc. in Verzug kommen. Dies ist von besonderer Wichtigkeit, wenn z. B. Verkäufer seine Zustimmung verweigert und erst gemäss § 894 (779) C.P.O. zu dieser verurteilt wird. Welch' praktische Folgen dies nach sich zieht, zeigt § 287 B.G.B.;

2. ist ein Aufrechnungsanspruch gegen andere Geldforderungen des Verkäufers erst nach Abschluss des Wandlungsvertrages für den Käufer möglich; denn vor Abschluss des Wandelungsvertrages ist die Forderung als eine bedingte zur Aufrechnung nicht geeignet.

Was nun die Wandelung anlangt, so ist diese nur bei der Rückübertragung des Eigentums an einem Grundstück gemäss § 313 und § 152 B.G.B. an gerichtliche oder notarielle Form gebunden. — Sonst ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben.[5])

2. Gerichtliche Geltendmachung des Anspruches.

Kann eine friedliche Einigung bei der Wandlung zwischen Verkäufer und Käufer nicht zustandekommen, so muss naturgemäss der Anspruch gerichtlich geltend gemacht werden. Die Klage geht auf Abgabe einer Willenserklärung gemäss § 894 (779) C.P.O., nämlich auf Zustimmung in den Wandlungsvertrag. Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt zwar die Zustimmung des Käufers in den Wandlungsvertrag als abgegeben, die Rechtskraft des Urteils enthält aber im vorliegenden Falle keine eigentliche Fiktion, sondern eine Gleichstellung,[6]) wie wenn die Zustimmungserklärung abgegeben wäre.

3) Vgl. die Ausführungen bei Lobe S. 107 ff.

4) Vgl. Lobe S. 110 ff. 5) E. in G. S. 324.

6) Vgl. Anm. zu § 779 C.P.O. im Kommentar von von Wilmowski und Levy.

Des inneren Zusammenhanges als eines Vertrages möge hier auch das Minderungsbegehren des Käufers behandelt werden.

Endemann[7]) hält den Vertrag als „für nicht denkbar", da der Richter als dritte Person bei der Preisreduktion das Minimum feststellen muss. Einen solchen Vertrag gibt es „logischer Weise aber nicht." — Auch Eccius[8]) hält einen solchen Vertrag, dessen Inhalt weder Kläger noch Beklagter will, für eine Karikatur. Eccius wählt hierfür folgendes Beispiel: Der Käufer verlangt im Wege der Klage vom Verkäufer wegen eines Fehlers Minderung des Kaufpreises um ein Drittel; Verkäufer ist mit ein Fünftel einverstanden. Das Gericht findet: Minderung um ein Viertel wäre gerecht. — Soll da Klagabweisung erfolgen? Doch wohl logischer Weise! Indes, darauf wird die Praxis gewiss nicht eingehen. Der Richter wird in diesem Falle[9]) vielmehr auf ein Viertel verurteilen, die Mehrforderung aber abweisen.

Leistner versuchte die juristische Konstruktion des Minderungsbegehrens in folgender Weise. Nach seiner Ansicht hat der Richter bei der Wandlungsklage zur Abgabe einer[10]) einfachen, bei der Minderungsklage zur Abgabe einer qualifizierten Zustimmungserklärung zu verurteilen.

Dagegen ist zu bemerken, dass durch die Worte „qualifizierte" Zustimmungserklärung noch immer nicht die dritte Person, der Richter, aus dem Wege geräumt ist. Eine Einigung kann aber immer nur unter zwei Parteien erfolgen, das gewaltsame Mitwirken des Dritten erzeugt aber notwendig nur eine Karikatur eines Vertrages.

Ich glaube aber mit Kloss[11]) annehmen zu dürfen, dass gleichwohl von einem Vertrage auch beim Minderungsbegehren die Rede sein kann. Die §§ 462, 465 sprechen nur von „Minderung", von einer Angabe, um wieviel die Minderung des Kaufpreises erfolgen soll, ist im Gesetze nicht die Rede Demnach ist diese Angabe kein essentiale negotii. Es genügt vielmehr, dass der Käufer sagt: „Ich verlange Minderung," und der Verkäufer hierzu seine Zustimmung gibt. Damit ist der Vertrag perfekt und ebenso vollkommen wie in den Fällen der §§ 315, 316, wo die der Billigkeit entsprechende Be-

7) I, § 161, Anm. 13.
8) F. in G. Bd. 44, S. 77.
9) Vgl. Dernburg, S. 58, § 186, Anm. 16; E. in G. S. 334.
10) Leistner, S. 41.
11) K. in G. S. 301. Siehe ausführlich hier S. 66—67.

stimmung durch Urteil erfolgt. Warum diese Vertragseinigung im prozessualen Wege nach Kloss (S. 301) nur etwas vertragsähnliches haben soll, ist nicht recht klar, denn das Gesetz spricht im Gegenteil in § 315 ausdrücklich von Vertragschliessenden und ferner ist beim Minderungsbegehren lediglich „Minderung" die Zustimmungserklärung des Verkäufers.

[12]) Der Fassung des § 465 entsprechend kann also zuerst nur die Klage auf Erklärung des Einverständnisses gemäss § 894 C.P.O. angestrengt werden. Ist dann das Urteil rechtskräftig und die Wandlung „vollzogen", so kommt erst jetzt die Restitutionspflicht in Frage. Weigert sich Verkäufer, seiner Verpflichtung aus § 467 nachzukommen, so kann er erst jetzt zur Erfüllung durch eine neue Klage angehalten werden.

Das ist die logische Konsequenz der im Gesetze fixierten Vertragstheorie, deren Anhänger auch diesen prozessualen Gang verwirklicht wissen wollen.

Wahrlich! Ein recht schleppendes Verfahren und für die Praxis einfach unannehmbar; denn einerseits weist ein solcher Prozess grosse Bedenken hinsichtlich seiner endgiltigen sicheren Durchführung auf, — z. B. ist eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung auf den Anspruch aus § 467 bis zur Rechtskraft der Verurteilung aus § 465 verhindert — andererseits auch manche Eigentümlichkeiten. Nur auf eine z. B. sei hingewiesen:[13])

Gerät Verkäufer nach rechtskräftiger Verurteilung gemäss § 465 B.G.B., § 894 C.P.O. mit seiner Restitutionspflicht in Verzug, so ist Käufer gemäss § 354 berechtigt, dem Verkäufer eine angemessene Frist zu bestimmen mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne. Erfolgt nun auch nach Ablauf dieser Frist keine Rückgewähr, so ist die Wandelung unwirksam, — das Urteil aus der Welt geschafft.

In Hinsicht nun auf die Eigentümlichkeiten, die sich infolge der Vertragsnatur aus § 465 bei der prozessualen und ausserprozessualen Durchführung der Wandelung ergeben, sowie in Hinsicht auf den schleppenden Gang des Verfahrens, ist von verschiedener Seite eine

12) Im übrigen ist diese Vorfrage: „Können die Parteien einem ihnen unbekannten Vertragsinhalte zustimmen und sogar einem noch ungewissen, später von einem Dritten auszufüllenden Vertragsinhalte?" erst bei der Minderung S. 66 ff. behandelt, da sie sich doch zunächst nur auf diese und nicht auf die Wandelung bezieht, bei der der Inhalt der begehrten Rechtsänderung genau feststeht.

13) Lobe, S. 111 ff.

für die Praxis annehmbare Interpretation des § 465 versucht worden.

So hat Eccius[14]) im Hinblick auf die Worte der zweiten Kommission:[15])

„Von selbst verstehe es sich, dass er (Kläger) diese Ansprüche zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Aufhebung (oder Abänderung) des Kaufs geltend machen könne"

den Versuch gemacht, die von der 2. Kommission gewollte

„Kombination der Klagen",

nämlich auf Zustimmung und Erfüllung aus § 465 juristisch zu begründen.

Selbstverständlich meinte die 2. Kommission. Doch grade dieses „Selbstverständlich wäre ein wünschenswertes Ergebnis," entgegnet Eccius. —

Seine geistreiche Konstruktion endet mit folgendem Resultat:

Ausgenend von dem Gesetzestexte „ist vollzogen" statt „wird" vollzogen, folgt, dass das Gesetzbuch nur einen Zeitpunkt festsetzen will, in welchem dem Käufer des ius variandi abgeschnitten ist. Demnach hat das Gesetz das Wesen der Wandelung nicht an einen Wandelungsvertrag geknüpft, sondern damit vielmehr nur bezeichnet, dass die Wandelung „auch" durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne. Bei nicht erreichter Einigung auf Abschluss eines Wandelungsvertrages zu klagen, besteht nicht eine Notwendigkeit, ja nicht einmal eine Möglichkeit! Inhalt des Vertrages ist nur der, dass der Verkäufer sich jeder Forderung aus dem rückgängig zu machenden Kaufvertrage zu enthalten habe. § 465 hat nur den Sinn, „dass ein auf Verlangen des Käufers erklärtes Einverständnis die vertragsmässigen Verpflichtungen zu gewissen die Rückgängigmachung vollziehenden Leistungen begründet und überhaupt keinen Vertragsschluss zum Inhalt. Mit dem wirksam erklärten Einverständnis des Verkäufers muss jeder Beginn—, mit der Erfüllung des Wandlungsverlangens den Käufer binden. — Von einer Erfüllung aber abgesehen, kann sogar das im Prozess ergehende Urteil den Käufer nicht binden, bei seiner Wahl zu bleiben. — Ich weiss nicht, worauf sich eine solche an sich wünschenswerte Gebundenheit gründen soll."[16])

---

14) E. in G. Bd. 43, S. 318 ff.
15) Prot. I, S. 680.
16) E. in G. Bd. 43, S. 318 ff.

Offenbar geht Eccius in der Verfechtung seiner Ansicht viel zu weit. Warum der Gesetzgeber eine besondere Vorschrift dafür geben wollte, dass die Wandlung „auch" durch einen Vertrag vollzogen werden könnte, ist ja begreiflich, warum er dies aber in der gesuchten Formulierung „ist" vollzogen statt, „dadurch dass" zum Ausdruck gebracht haben soll, ist zwar einleuchtend, da diese Form an sich nicht unmöglich ist; doch hätte dies sicher in den schlichten Worten:

„Die Wandelung „kann" auch dadurch vollzogen werden, dass —"

besser gesagt werden können. Warum aber gar das Urteil selbst den Käufer nicht binden sollte, bei seiner Wahl stehen zu bleiben, warum das ius variandi erst mit der Erfüllung erlöschen sollte, warum bei nicht erreichter Einigung nicht einmal eine Möglichkeit! vorhanden sein sollte, auf Abschluss eines Wandelungsvertrages zu klagen, ist weder aus dem Gesetze noch aus den Ausführungen Eccius' zu ersehen. —

Wenn diese Interpretation auch gewaltsam ist und der zweifellosen Absicht bei der Formulierung der Gesetzesvorschrift zuwider ist,[17]) so wäre sie doch als „willkommener Ausweg mit Freuden zu begrüssen, wenn wirklich die Vertragskonstruktion zu denjenigen Konsequenzen zwänge, welche ihr Eccius vorwirft."

Dies ist aber, wie Flechtheim[18]) mit Recht hervorhebt, nicht der Fall.

Eccius sagt nämlich:

„Klagen auf Leistungen, die unter der Bedingung angestellt werden, dass der Beklagte einen Vertrag schliessen werde, gibt es nicht, ebensowenig kann unter der Bedingung, dass der Beklagte zu einem Vertragsschlusse in demselben Streite werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschlusse zu beanspruchende Leistung geklagt werden. Ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozesse erbetenen Urteils liegt, ist notwendig, so lange der Prozess dauert: actio nondum nata!"

Flechtheim will aber diese Bedenken, die Eccius bei seiner Vertragskonstruktion geltend macht, beseitigen. Nach seiner Ansicht ist nicht die Klage, sondern der Anspruch bedingt. „Die condicio iuris für den Anspruch auf Rückleistung ist aber erfüllt mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandelung,

17) Dernburg § 186, S. 58, Anm. 11.

18) F. in G. Bd. 44, S 44.

demnach tritt in diesem Augenblicke die Fiktion der Abgabe der Erklärung und damit die Entstehung des Rückforderechtes ein. Flechtheim meint, „nicht hinter der Rechtskraft, sondern in derselben liege die Naivität des Anspruches. Deshalb sei eine Klagverbindung sehr wohl möglich, da der Richter im „Augenblicke der eingetretenen Rechtskraft als judizierend zu denken sei."

Zur Begründung seiner Ansicht führt Flechtheim[19]) zwei anscheinend analoge Beispiele an.

Was zunächst den von ihm citierten art. 1184 des code civil anbelangt, so ergibt sich aus den Schlussworten des art.:

„la résolution doit être demandée en justice"

dass die stillschweigende Bedingung nicht die Wirkung hat, den doppelseitigen Vertrag kraft Gesetzes aufzuheben, sondern vielmehr dem nicht säumigen Vertragsteile das Recht nur zu benehmen, die Auflösung durch Richterspruch herbeizuführen. Die Resolutivbedingung löst also ipso iure den Vertrag auf, und das richterliche Urteil hat nur deklaratorischen Effekt.[20])

Aehnlich liegt es mit dem zweiten Beispiel. Ist der Mieter mit der Zahlung des Mietszinses in Verzug, so ist das Mietsverhältnis eben schon mit Eintritt des Verzuges aufgelöst, und das petitum lautet nur auf Räumung der Wohnung.

Erwähnt möge schliesslich noch die Darstellung von Steinitz werden, der sich der Ansicht Eccius' ebenso wie Ehrlich, Neumann und Cohn[21]) voll und ganz anschliesst und die Klagverbindung historisch zu begründen sucht.

Der § 384 1. Entw. hätte den Zweck, das Wahlrecht gemäss §§ 208, 209 Satz 1 des Entw. 1 unter Anwendung der Alternativgrundsätze zu regeln. § 402 zweiter Lesung hätte dieselbe Bedeutung. Erst in der Bundesratsvorlage sei § 402 in die §§ 465/466 „offenbar aus rein redaktionellen Rücksichten" zergliedert worden. Deshalb hat also § 465 „nur die Bedeutung, zu einer bestimmten Zeit einmal für den Käufer eine Gebundenheit zu erzeugen, sodass er nachher nicht mehr sein Wahlrecht ausüben kann. Demnach gehen die Rechte auf Wandelung bezw. Minderung auf gänzliche

19) F. in F. Bd. 44, S. 65 ff.

20) Vgl. Entscheidg. d. R. G. in Civ. S., Bd. 17, S. 306.

21) Cohn in den Blättern für Rechtspflege (ein Rechtsfall) im Bezirk des Kammergerichts, 10. Jahrgang, S. 41 ff., 44; Neumann in seiner Handausgabe des B.G.B.; Ehrlich S. 60 ff.

bezw. teilweise Aufhebung des Anspruches des Verkäufers auf den Kaufpreis."

Gegen diese historische Begründung ist folgendes einzuwenden:

Zugegeben wird, dass auf § 384 1. Entw. die Vorschriften der §§ 208. 209 Satz 1 über Alternativobligationen Anwendung finden sollen; denn nach § 209 heisst es:

„Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich".

Dieser Standpunkt ist aber bereits im 2. Entw. verlassen worden. § 402 schreibt nämlich ausdrücklich im Gegensatz zu § 384 des 1. Entw. vor:

Die Wandelung und Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich mit der vom Käufer verlangten Wandelung einverstanden erklärt hat.

In Abs. III des § 402 heisst es ferner:

„Bis zur Vollziehung der Wandelung oder Minderung kann der Käufer die getroffene Wahl ändern, oder bei dem Vertrage! stehen bleiben."

Wo ist da von einem gleichen Standpunkt, wie bei Ent. 1 § 384 die Rede, wo von einer Anwendung der Vorschriften über Alternativobligationen? — Im Gegenteil, gerade vor der Unwiderruflichkeit der Erklärung des Käufers scheute man zurück und verbannte deshalb die Anwendung der Vorschriften über Alternativobligationen; gerade letztere Vorschrift (Abs. III) „hielt man im schutzwürdigen Interesse des Käufers für dringend geboten." [22]) Uebrigens nicht ohne Schwanken liess man jenen ersten, zwar theoretisch klaren, aber praktisch für den Käufer recht unbilligen Standpunkt des § 384 des 1. Entw. In zwei Sitzungen wurde der Antrag § c. d. i. § 384 des 1. Entw. Gegenstand lebhafter Debatte. In der ersten [23]) kam man zur Ansicht, „dass die §§ 208, 209 Satz 1 nicht unmittelbar zur Anwendung kommen sollen, da die Uebertragung aller die Alternativobligationen regelnden Rechtssätze nicht passen, es sei notwendig, diejenigen Bestimmungen zu bezeichnen, welche angewendet werden sollen . . ." Erst in der zweiten Sitzung [24]) kam man zu einer Verständigung. Die Vertragskonstruktion wurde acceptiert, nach welcher also das Recht auf Wandelung und entsprechend das auf Minderung „nicht als ein Recht geltend gemacht durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung

22) Reatz, Anm ad. § 402, des 2. Entw.

23) Prot. I, S. 685 ff.

24) Prot. I, S. 708 ff.

zu bringen, aufgefasst werden dürfe, sondern „gerichtet auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes." Die von der einen Partei besonders formulierten Sätze über Vertragsschliessung wurde von der Mehrheit mit der Begründung abgelehnt, „dass die allgemeinen Grundsätze zu einem angemessenen Resultate führten." Mit diesem wesentlichen Inhalt wurden sie bereits in die Reichstagsvorlage (nicht wie Steinitz annimmt in die Bundesratsvorlage) in den getrennten §§ 459, 460 aus reinen Gründen der Uebersichtlichkeit hineingebracht, die dann inhaltich und wörtlich vollkommen den §§ 465, 466 der Bundesratsvorlage und dem Gesetzestexte selbst entsprechen.

Wir sehen also, dass das, was die zweite Kommission für selbstverständlich hielt, — nämlich dass die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, d. h. auf Eingehung der diesbezüglichen Verträge, mit den Ansprüchen aus Wandelung oder Minderung gerichtlich oder aussergerichtlich zusammen geltend gemacht werden könnten — aus § 465 jedenfalls nicht ohne weiteres zu entnehmen ist; denn der Anspruch auf Restitution ist im Augenblick der Klageerhebung auf Wandelung oder Minderung nach § 465 weder begründet, noch fällig: actio redhibitoria est non nata".

Gleichwohl halte ich eine solche Klageverbindung für möglich und glaube sie durch nachfolgende Ausführungen begründen zu können:

Wandelung ist „Rückgängigmachung des Kaufes" (§ 462); sie ist vollzogen, sagt § 465, dadurch, dass der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. — Auf die Wandelung, heisst es in § 467, finden die Vorschriften über das Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung (und zwar die §§ 346—348, 350—354, 356).

Diese Vorschriften sind für die folgende Entwickelung von massgebender Bedeutung.

Zu untersuchen ist:

a) Welche Bedeutung hat der Vertrag in § 465.

b) In welchem Zusammenhange steht § 465 zu den anderen Bestimmungen über den Wandelungsanspruch, speziell zu den Vorschriften der §§ 462, 466, 467 478?

a) Welche Bedeutung hat der Vertrag in § 465?

Um diese Frage zu lösen, dürfen wir uns nicht an den Wortlaut des Gesetzes anklammern, sondern müssen bei der Interpre-

tation des § 465 den Sinn zu erforschen suchen, den die Vorschrift nach der Absicht der Redaktoren haben sollte; denn, wie so manchmal, hat auch hier durch die ungenaue, mangelhafte Fassung § 465 scheinbar einen anderen Sinn, als wie eigentlich beabsichtigt war.

Hierzu ist aber als unbedingte Voraussetzung nötig, die Entstehungsgeschichte des § 465 kennen zu lernen.

I. § 402 des 2. Entw. sagt wörtlich:

„Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, dass der Kauf rückgängig gemacht werde oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat, — oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist."

Dieser Gesetzestext will also sagen, dass das Ziel des Einverständnisses gleich die Folge desselben ist;[25]) denn wozu der Zusatz: „oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist"? Dass aber dieser Zusatz lediglich zu obigem Zwecke gemacht worden ist, beweisen vor allem die Protokolle S. 710: „weil die Erklärung nach § 779 C.P.O. nur durch eine zur Abgabe desselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei, dass die Klage des Käufers und das ergehende Urteil nicht grade auf Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufs oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse."

Obwohl dieser Zusatz zu § 402 des 2. Entw. von keiner Seite sachlich beanstandet wurde, wurde derselbe schliesslich in § 465 offenbar als selbstverständlich, daher überflüssig weggelassen. — Daher nötigt § 465 gar nicht nach der Intention des Gesetzgebers zu dieser Weitläufigkeit der Geltendmachung des Wandelungsanspruches. — Demnach war die Auffassung der Kommission dahin gegangen, dass das Urteil selbst bereits, lautend auf Wandelung bez. Minderung, die hieraus ergebenden Ansprüche realisiere. Jedenfalls bedürfe es nicht einer besonderen Verurteilung auf Eingehung der Verträge auf Wandelung oder Minderung, um dann erst die Verwirklichung der Folgen aus diesen Ansprüchen herbeizuführen. Dies war die Ab-

25) Vgl. Lobe S. 113 ff.

sicht der zweiten Kommission, im Gesetze auszudrücken. Dies hat sie aber auch tatsächlich, wenn auch auf Umwegen erreicht.

II. § 465 spricht nämlich von Wandelung, die mit der Einverständniserklärung des Verkäufers vollzogen ist. § 462 definiert die Wandelung mit den Worten: „Rückgängigmachung des Kaufes". § 467 lässt auf die Rückgängigmachung des Kaufes die Vorschriften über den Rücktritt in Anwendung bringen, mit Ausnahme des § 349; diese Vorschrift sagt nämlich:

„Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile."

Da nun § 467 von vollzogener Wandelung spricht, diese aber gleich Rückgängigmachung des Kaufes ist, so ist, da § 349 absichtlich von der analogen Anwendung ausgeschlossen ist: vollzogene Wandelung und erfolgter Rücktritt zu identifizieren.[26])

III. § 402 Abs. III des 2. Entw. sagt:

„Bis zur Vollziehung der Wandelung oder Minderung kann der Käufer die getroffene Wahl ändern oder bei dem Vertrage stehen bleiben." Schon § 384 Entw. 1 stellte unter Berufung auf die §§ 208 und 209 Satz 1 einen Zeitpunkt der Bindung fest („die Wahl zwischen den Rechten auf Wandelung und Minderung ist vollzogen, wenn sie von dem wahlberechtigten Käufer dem Verkäufer gegenüber erklärt ist", die zweite Kommission hat diesen für den Käufer unbilligen Standpunkt verlassen und normierte als Zeitpunkt der Wahl die vertragsmässige Einwilligung seitens des Verkäufers in Wandelung oder Minderung.

§ 402 Abs. III des 2. Entw. fiel der Schlussredaktion als überflüssig zum Opfer.

So war also die Absicht der Kommission lediglich die, das Wahlrecht des Verkäufers mit dessen Zustimmung in den Vertragsschluss zum endgültigen Erlöschen zu bringen. Das ius variandi bis zur Zwangsvollstreckung des materiellen Inhalts des Urteils fortdauern zu lassen, wie es Cosack (I. § 127. II, 2) und Eccius (S. 331) als notwendig erachten, dafür besteht weder ein legaler, noch praktischer Grund.

Ob der Käufer innerhalb des Prozesses seine Wahl ändern kann, ist nicht eine Frage materieller, sondern prozessualer Natur. —

---

26) Vgl. Kloss S. 288.

Nach § 268[3] C.P.O. ist eine Aenderung dann statthaft, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes statt des ursprünglichen Gegenstandes ein anderer oder dessen Interesse wegen einer später eingetretenen Veränderung gefordert wird. Da aber stets der Mangel den Grund der Klage bildet, so ist eine Aenderung der Klage nicht anzunehmen.

Ferner gestattet § 264 C.P.O. dann eine Klageänderung, wenn dadurch die Verteidigung nicht wesentlich erschwert wird. Ob dies aber der Fall ist, ist als Tatfrage im einzelnen Falle besonders zu untersuchen.

Mein Endresultat hinsichtlich des § 465 ist nun folgendes:

1. Eine Klage auf Zustimmung des Verkäuerfs in den Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag, und eine besondere Klage zur Geltendmachung der aus diesen Verträgen sich ergebenden Ansprüche, ist nicht notwendig; denn in der vertragsmässigen Einigung ist die Realisierung der betreffenden Ansprüche mit inbegriffen.

2. Der Wandelungs- bezw. Minderungsvertrag des § 465, nicht erst die Erfüllung, wie Eccius[27]) annimmt, beendigt endgültig das ius variandi des Käufers.

b) In welchem Zusammenhange steht § 465 zu den andern Bestimmungen über den Wandelungsanspruch, speziell zu den Vorschriften der §§ 462, 467, 478, 466?

1. Der Zusammenhang des § 465 zu den §§ 462, 467 ist oben S. 44 gezeigt; aus letzteren Vorschriften ist nämlich indirekt zu schliessen, dass Rückgängigmachung des Kaufes nicht allein in dem Abschluss des Aufhebungsvertrages besteht, sondern dass in diesem auch bereits die gegenseitigen Restitutionspflichten zur Realisierung der Ansprüche mitenthalten sind.

2. § 478 erbringt den Beweis dafür, dass ein Wandelungs- bezw. Minderungs„vertrag" gar nicht die Voraussetzung für die Realisierung der Ansprüche ist; denn sonst wäre zur Geltendmachung der Einrede eine Widerklage auf Vollziehung der Wandelung oder Minderung unbedingte Voraussetzung. Aber § 478 sagt:

„Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt, oder

27) Vgl. hier S. 38 unten und E. in G. S. 331 zweiter Absatz: „Aber auch das im Prozess ergehende Urteil, ja das rechtskräftige Urteil, kann den Käufer nicht binden, bei seiner Wahl zu bleiben. Ich weiss nicht, worauf sich eine solche, an sich wünschenswerte Gebundenheit gründen soll".

die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde."

Wird demnach die perpetuierte Einrede des Käufers materiell für berechtigt vom Richter erklärt, so wird Käufer mit seinem Zahlungsbegehren einfach abgewiesen. Zu einer vertragsmässigen Einigung im Sinne des § 465 kommt es demnach gar nicht erst.[28]) Was aber für eine verjährte noch nicht vollzogene Wandelung oder Minderung gilt, ist um so mehr naturgemäss bei noch nicht vollzogener, nicht verjährter Wandelung oder Minderung anzunehmen, d. h. also: Käufer kann, ohne vorher oder gleichzeitig Wandelung oder Minderung zu verlangen, Zahlung des Kaufpreises oder eines Teiles desselben verweigern. Seine Rechtsstellung ähnelt dann sehr der eines Schuldners, der gemäss § 273 Abs. I ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht.

3. Schliesslich spricht § 466 auch dafür, dass ein Vertrag nach § 465 nicht notwendig die Grundlage der Realisierung der aus § 465 entspringenden Ansprüche ist. § 466 schreibt nämlich vor:

„Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

Der Grund dieser Vorschrift war, Spekulationen des Käufers vorzubeugen. Erklärt sich der Käufer innerhalb der gesetzlichen Frist, dann liegt zwar „vertragsmässige" Wandelung vor, niemals aber ein Vertrag nach § 465.

Mein Gesamtresultat ist demnach folgendes:

1. Wandelung und Minderung können durch einen Vertrag vollzogen werden gemäss § 465. Die Vollziehung der Wandelung oder Minderung enthält aber dann nicht nur das Einverständnis des Verkäufers in die betreffenden Verträge, sondern auch die Realisierung der Ansprüche. Der Vertrag als solcher aber hat zum Ziel, das ius variandi des Käufers mit der im Einverständnis des Verkäufers getroffenen Wahl, definitiv zu beendigen.

---

28) Lobe S. 115; Kloss 291.

2. Die vertragsmässige Vollziehung der Wandelung oder Minderung gemäss § 465 ist nicht ius cogens in dem Sinne, dass Käufer nur an diese Art der Geltendmachung gebunden wäre; dies ergibt sich auch aus dem Zusammenhange der Bestimmungen der §§ 465, 478, 466.

Stimmt man aber dieser Lösung nicht zu, steht man vielmehr auf dem Standpunkte der Vertragstheorie fest, wonach der zustandegekommene Vertrag nicht unmittelbar eine Realisierung der Ansprüche zur Folge hat, dass also zunächst auf Einverständnis geklagt werden muss und erst nach Rechtskraft auf Erfüllung der durch den Anspruch gebotenen Erfüllung, so glaube ich doch, dass § 259 C.P.O. eine Klage aus § 462 und § 467 verbunden zulässt, da doch „unter Umständen" im einzelnen Falle in der Weigerung auf den Wandelungsvertrag einzugehen, die Befürchtung ausgesprochen ist, dass Verkäufer sich den aus diesem entspringenden Leistungspflichten entziehen wolle.

Schliesslich bleibt aber nur noch eine einzige Lösung übrig. Wenn eine Verwirklichung der logischen Folgen aus § 465 nach dem Sinne der Vertragsanhänger eben bei strikter Durchführung für die Praxis einfach unannehmbar ist, so kann ja im Wege des Reichsgewohnheitsrechts von selbst aus praktischen Gründen die Klagverbindung aus den §§ 462, 467 zugelassen werden. Dann würden sich folgende Anträge empfehlen:

a) „Den Beklagten zu verurteilen, in die Wandelung einzuwilligen und demgemäss an Kläger den Kaufpreis gegen Rückgabe der Sache zurückzuzahlen."

b) „Den Beklagten zu verurteilen, sich mit der Minderung einverstanden zu erklären und demgemäss an Kläger .... M. zu zahlen." [29])

Eine derartige Klagverbindung ist aber im positiven Recht nichts Ungewöhnliches, so konnte z. B. nach römischem Recht zugleich mit dem Restitutionsgesuch die Klage auf Herausgabe dessen verbunden werden, was dem Kläger auf Grund seiner Restitution zustand, das Gleiche gilt bei der querela inofficiosi testamenti, der Restitutionsklage des Universalfideikommissars, der heutigen Anfechtungsklage. [30])

Dass aber bei einer solchen Klagverbindung neue Streitfragen,

---

29) Vgl. Dernburg § 186, Anm; 12 und 13, S. 59, Bd. Oblig. R.

30) Stahl S. 26.

wie z. B. über Verzug, bedingte Ansprüche, vorläufige Vollstreckbarkeit, Schadensersatz etc. entstehen, ist z. T. von mir bereits oben gezeigt. [31])

3. Der Rechtsschutz des Verkäufers gemäss § 466.

Wie wir bereits gesehen haben, kann Käufer zwischen den beiden ädilizischen Rechtsmitteln wählen. Unverkennbar liegt hierin für den Verkäufer eine schwere Benachteiligung, da ja der Käufer während der Schwebezeit auf ein Steigen und Fallen des Marktpreises spekulieren kann; denn fällt der Preis, dann würde er wandeln, steigt derselbe, so würde er Minderung begehren. — Gegenüber dieser bedenklichen Gefahr für den Verkäufer, gewährt § 466 diesem ein gewisses Aequivalent. Nach dieser Bestimmung kann Verkäufer, falls Käufer ihm einen Mangel der Kaufsache anzeigt, diesem zur Ausübung seines Wahlrechtes eine angemessene Frist in der Weise setzen, dass er sich aus freien Stücken zur Wandelung erbietet mit der Aufforderung an den Käufer, sich hierüber binnen einer angemessenen Frist zu erklären. Ist innerhalb derselben keine Erklärung vom Käufer erfolgt, so hat dieser das Recht auf Wandelung verloren.

Angemessen ist eine Frist, „welche unter Berücksichtigung der Zeit sowie der Umstände für das fragliche Rechtsverhältnis billigerweise gelassen werden muss." [32]) Ob eine zu kurz bemessene Frist schlechthin unwirksam ist, ist zweifelhaft. Nach Plancks richtiger Ansicht ist dies zu bejahen. Cosack fordert aus Billigkeitsrücksichten eine angemessene Nachfrist. [33]) Endlich ist das ernste, unwiderrufliche Anerbieten zur Wandelung seitens des Verkäufers erforderlich, [34]) verbunden mit der Aufforderung an den Käufer, seinen Redhibitionsanspruch ev. geltend zu machen. Das Schweigen des Käufers während der Präklusivfrist lässt verschiedene Deutung zu. Schollmeyer (S. 16) sieht hierin einen Verzicht des Käufers auf seine Rechte, Oertmann ist entgegengesetzter Ansicht. Meiner Ansicht ist dies im einzelnen Falle quaestio facti.

§ 466 ist, wie bereits hervorgehoben, nur ein gewisses Aequivalent. Es ist doch Mängelanzeige seitens des Verkäufers nach dem Gesetze erforderlich. (Behauptet etc. . .) Diese kann aber der

31) Vgl. auch die Ausführungen bei Lobe, S. 111 ff.
32) Örtmann ad. § 250 und Planck, 2 ad § 250.
33) Cosack I, S. 348; F. und H. 1 ad § 250.
34) Planck 3c. ad § 466.

Käufer bis zum Ablaufe der Verjährung seiner Ansprüche aufschieben. Der Verkäufer dagegen ist zu einem Anerbieten ohne Mängelanzeige seitens des Käufers auch dann nicht berechtigt, wenn er den Mangel von einem Dritten erfahren hat oder selbst kannte.[35]) Demgegenüber behauptete P l a n c k, dass nach § 466 Verkäufer schon bei einem Schweigen des Käufers auf seine Anfrage hin vor einer späteren Geltendmachung der Rechte geschützt sei. Erstere Ansicht dürfte zu billigen sein, da sie den Intentionen des Gesetzgebers und auch der Verkehrssitte entspricht.[36]) [37])

II.

Das Recht aus der Wandelung.

1. Das Wesen des Rücktritts.

Ist die Wandelung nach § 465 vollzogen, so finden nach § 467 die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 356 entsprechende Anwendung mit der Massgabe, dass im Falle des § 352 die Wandelung ausgeschlossen ist, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Nach § 346 besteht der Rücktritt darin, dass die Vertragschliessenden verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, oder es soll, wie die Motive (II. S. 280) sich ausdrücken, „ein Zustand geschaffen werden, nach dem die Vertragschliessenden unter einander ebenso berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre." Offenbar besteht zwischen dem Gesetzestexte und den Motiven ein scheinbarer Widerspruch; denn Rückgewähr der empfangenen Leistungen und Aufhebung des Kaufvertrages mit dem Zwecke einer in integrum restitutio ist doch nicht ganz dasselbe, — da bei letzterer ausser der Rückgewähr auch noch das negative Vertragsinteresse zu ersetzen ist. Hierher gehört aber z. B. ein lucrum cessans, der Gewinn, den vielleicht Verkäufer nicht gemacht hat, dagegen Käufer. Es wird nun zu untersuchen sein, wie weit die Ansprüche des Verkäufers in dieser Beziehung gehen.

Mit der Verpflichtung der beiden Kontrahenten zur Wiedereinsetzung in den früheren Stand, befindet sich das Gesetz im Einklang mit dem gemeinen Recht,[38]) wie dies die Motive (II S. 281)

35) Endemann I, S. 724, Anm. 19.

36) Planck 2 ad § 466.

37) Anders § 377 des H.G.B.

38) Ulpian l. 21 pr. D. h.t.: Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit." l. 23, § 1, eod: ut uterque resoluta emptione nihil amplius

selbst zugeben. Umfasst nach diesem Rechte die obligatio ad restituendum in integrum auch das negative Vertragsinteresse?

Dies ist wohl kaum anzunehmen; denn die Quellen heben ausdrücklich hervor, dass „nihil amplius“ nichts mehr, (l. 23 § 1 D. h. t.) als die Rückgewähr der Leistungen zu ersetzen sei, die Redhibition sei nur „quodammodo“ gewissermassen eine in integrum restitutio. — (l. 23. § 7. D. h. t.)

Der scheinbare Widerspruch zwischen dem Gesetzestexte und den Motiven ist demnach gelöst. Der Grund, weshalb aus der vollzogenen Wandelung obligatorische Verpflichtungen entspringen und derselben nicht die dinglichen Wirkungen einer Resolutivbedingung beigelegt worden sind, ist nach den Motiven (II. S. 281) in dem Wesen des Rücktritts, den vermutlichen Parteiintentionen und in der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit zu suchen.

Selbstverständlich ist diese Regelung dispositiv.

2. Die Zeit der Rückgewähr.

1. Einfach gestaltet sich der Fall, wenn auf beiden Seiten nichts geleistet worden ist. — Alsdann genügt die blosse Aufhebung des Kaufkontraktes.[1])

2. Schwieriger ist das Rechtsverhältnis, wenn von beiden Seiten ganz oder teilweise bereits geleistet ist. Bekanntlich knüpfte sich an die l. 25. § 10. D. h. t. im römischen Recht eine lebhafte Kontroverse.[2]) Obwohl diese Stelle ziemlich klar von einer Vorleistungspflicht des Käufers spricht, ist Hanausek anderer Ansicht (I. S. 26 ff.). Der Streit ist überflüssig geworden, seitdem das römische arbitrium de restituendo weggefallen ist und dafür bei der actio redhibitoria die condemnatio des Verkäufers zu einer Leistung Zug um Zug[3]) in die Praxis Aufnahme fand. § 346 steht auf gleichem Standpunkt. Entsprechend der Natur der gegenseitigen

---

consequatur, quam (non) haberet, si venditio facta non esset“. l. 23, § 7 eod.: Julianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere“. l. 60, D. h. t. (Paulus): „facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercecisset.“

1) Oertmann 1a ad § 467.

2) „Ordine fecerunt aediles, ut ante venditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet: sic deinde pretium consequatur.

3) Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 74, S. 250; Eck S. 174. Erst z. Z. der Rechtskraft des den Verkäufer zur Redhibition des Kaufpreises, den Käufer zur Herausgabe der Sache nötigenden Urteils, genauer z. Z. der Zwangs-

Verträge finden naturgemäss auch für die Vorschriften der §§ 320, 322 Anwendung. — Der Gegenpartei steht die exceptio non adimpleti contractus zu, nach welcher diese die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann. Das B.G.B. sieht in der exceptio eine selbständige, wahre Einrede, nicht wie das A.L.R. (I. 5. § 271) eine Leugnung des Klagegrundes,[4]) sie ist eine peremptorische, verzögerliche und hat daher die Wirkung, dass nur Zug um Zug gefordert werden kann; nicht die, „dass der andere Teil die ihm zukommende Leistung zur Zeit gar nicht zu fordern berechtigt ist."[5]) Käufer ist daher bis zur Zurückerstattung des Kaufpreises zur Verweigerung der Herausgabe der Sache berechtigt. Erfolgt die Leistung von Mehreren, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden (§ 320, Abs. I. Satz 2). Infolge der generellen Fassung des § 320, Abs. I. steht dem Schuldner auch die exceptio non rite adimpleti contractus zu, wenn der andere Teil noch nicht vollständig oder nicht in solcher Weise geleistet hat, wie er zu leisten verpflichtet war.[6]) Da die konsequente Durchführung des § 320, Abs. I, Satz 1 zu Unbilligkeiten führen würde, wenn nämlich von einer Seite nur teilweise geleistet ist, so soll in diesem Falle die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden dürfen, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen der verhältnismässigen Geringfügigkeit des rückständigen Teils gegen Treu und Glauben verstossen würde. (§ 320, Abs. II.)

Was unter „teilweise geleistet" zu verstehen ist, kann zweifelhaft sein. Nach richtiger Ansicht ist hier nicht, wie Cosack (I. S. 301) annimmt, eine unvollständige, nicht aber auch mangelhafte Leistung zu verstehen, sondern nach Planck (4 ad § 320) und Oertmann (6b ad § 3) eine quantitativ und qualitativ mangelhafte Leistung.

Die prozessuale Seite des § 320 regelt § 322. Danach hat, wenn aus dem Kaufvertrage der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung erhebt, die Geltendmachung des dem andern Teile

---

vollstreckung, ist die Rückgabepflicht begründet. Demnach gilt, wenn Käufer aus irgend einem Grunde zur Naturalredhibition ausser Stande ist, von dem an deren Stelle tretenden Wertersatz bezüglich des Zeitpunktes der Redhibition das Gleiche, wie von der Sache selber. Vgl. Bellerstein S. 42.

4) Oertmann 1 ad § 320.

5) Planck § 320, S. 92.

6) Planck 3 ad § 320.

zustehenden Rechtes, die Leistung bis zum Empfange der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, dass der andere Teil zur Erfüllung Z u g u m Z u g zu verurteilen ist. Bei einem A n n a h m e v e r z u g seitens des Schuldners ist dann Gläubiger, wie § 274, Abs. II. ergänzend ausführt, auch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zur Verwirklichung seines Anspruches zu einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners berechtigt. —

Im Falle, dass der eine Teil zu einer V o r l e i s t u n g verpflichtet ist, kann derselbe gemäss § 322, Abs. II. nur auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen, wenn nämlich der andere Teil im V e r z u g e der Annahme ist.

3. O r t d e r R ü c k g a b e.

Bezüglich der Frage, w o die Rückgabe bei erfolgter Redhibition stattzufinden habe, hatten sich mangels ausdrücklicher Quellenstellen im gemeinen Recht nicht weniger als drei Ansichten gebildet. Nach der einen sollte der Wohnort des Verkäufers, nach der andern der des Käufers ausschlaggebend sein. Beide Meinungen sind in der überwiegend aus Entscheidungen höherer Gerichtshöfe bestehenden Literatur vertreten.[7]) Eine vermittelnde Ansicht vertrat H a n a u s e k (I. S.152). Ausgehend von dem Grundsatze der Abholungspflicht des Verkäufers, sollte Käufer für den Fall, dass er die Kaufsache von dem Ablieferungsorte oder dem sonstigen Bestimmungsort versendet hat, die Kaufsache an denjenigen Ort zurückbringen, wo der Verkäufer sie abholen muss. Letztere Ansicht ist in das B.G.B. übergegangen; denn nach § 269 hat die Herausgabe der Sache an dem Ort zu erfolgen, an welchem der Käufer zur Zeit der E n t s t e h u n g des Kaufes seinen W o h n s i t z hatte, an dessen Stelle der Ort der N i e d e r l a s s u n g tritt, wenn der Kauf im Gewerbebetriebe des Käufers erfolgte. — Demnach hat der Käufer, wenn sich die Kaufsache durch seine Verfügungen an einem andern Ort befindet, dieselbe auf seine Kosten und Gefahr wieder an ihren ursprünglichen Bestimmungsort zurückzubringen, damit an diesem die Rückgabe erfolgen kann.

Umgekehrt hat der Verkäufer gemäss § 270 auf seine Kosten und Gefahr das Kaufgeld dem Käufer an seinen Wohnsitz bezw. dessen Niederlassung zu übermitteln.

---

7) Ich verweise auf den Literaturnachweis bei Bellerstein S. 43, Anm. 1

4. Gegenseitige Rechte und Pflichten bei erfolgtem Rücktritt.

Gemäss § 346 sind die Parteien verpflichtet, die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren. —

I. Der Verkäufer hat a) den Kaufpreis mit 4% Zinsen vom Empfange an zurückzuzahlen, oder für etwa auf Grund des Kaufvertrages statt des Geldes empfangener Dienste Vergütung in Geld zu zahlen. Ist ein Entgelt vertragsmässig nicht ausgemacht, so ist der durch Abschätzung zu ermittelnde wirkliche Wert der Dienste zu vergüten.[9])

b) Ferner hat Verkäufer Verwendungen auf die Sache dem Käufer nach den Regeln der unbeauftragten Geschäftsführung zu erstatten, soweit sie dem subjektiven wirklichen oder mutmasslichen Willen des Verkäufers entsprechen,[10]) oder dieser sie genehmigt (§ 684) oder endlich, wenn durch sie eine Pflicht des Verkäufers, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse lag, oder wenn eine gesetzliche Unterhaltungspflicht desselben rechtzeitig erfüllt wurde.[11]) So können dem Käufer impensae necessariae, utiles et voluptariae ersetzt werden, während das gemeine Recht nur erstere ersetzte, letztere gar nicht, die nützlichen Verwendungen nur, wenn sie ex voluntate venditoris (l. 27. D. h. t.) entsprachen, d. h. wenn auch der Verkäufer sie als sorgsamer Wirt gemacht hätte. Treffen dagegen die Voraussetzungen der negotiorum gestio nicht zu, so hat Verkäufer das hierdurch Erreichte nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung dem Käufer herauszugeben.

Eine besondere Regelung ist für den Fall der Herausgabe eines Grundstücks gemäss § 998 getroffen. —

c) Schliesslich hat Verkäufer entsprechend dem Grundsatze der Wiederherstellung des früheren Zustandes — quod emptionis causa erogatum est (l. 27. D. h. t.) — dem Käufer die Vertragskosten[12]) zu ersetzen, als z. B. die Kosten der Auflassung,

---

8) Cosack I, § 112, No. 5.

9) Cosack I, § 155, No. 2; Dernburg B.G.B., Sachenrecht S. 552/53, § 122.

10) Leistner, S. 53/54, § 679.

11) Selbstverständlich sind nur diejenigen Vertragskosten zu ersetzen, die entweder vermöge Verabredung oder kraft Gesetzes entstanden sind, entsprechend dem römischen Recht. l. 27, D. h. t. 21,1 . . . . „non id solum accipiemus, quod numeratur, venditori, ut puta pretium et usuras eius, sed et si quid emtionis causa erogatum est. (Ulpian), nicht dagegen wie Windscheid annimmt auch Impensen. (Windscheid II, § 394,2). Ferner kann Verkäufer auch nicht in

Umsatzsteuer, Stempelkosten; — bei Nichtzahlung des Kaufpreises einen etwa über denselben ausgestellten Schuldschein, oder Wechsel, oder hinterlegte Sicherheiten herauszugeben, in allen Fällen aber schriftliche Anerkennung der Schuldbefreiung.[12])

II. Der Käufer andrerseits hat

a) die Sache herauszugeben. Für etwaige Benutzungen — man denke an das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 betreffend die Regelung der Abzahlungsgeschäfte — hat er den Wert zu vergüten. Da der Käufer es ist, der die Auflösung des Kaufkontraktes herbeiführt, wird er gewissermassen als der Verwahrer fremden Gutes angesehen und deshalb zur höchsten Sorgfalt verpflichtet. Demnach ist seine Haftung für Schadensersatz, wegen Verschlechterung, Untergang oder einem aus einem andern Grunde eintretenden Umstande rückwirkend bis auf den Empfang der Leistungen, und streng wie das Verhältnis des Eigentümers gegenüber dem Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit an. (§§ 347, 989.) Hierbei ist es, wie im römischen Recht: „si in aliquo deterior factus sit servus, sive ipse deteriorem fecit, sive familia eius, sive procurator" gleichgültig, ob der Schaden oder der Untergang der zu erstattenden Sache vom Käufer selbst oder seinem gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertretern verursacht worden ist. (§§ 166, 278.) Er ist demnach, falls er den Untergang oder die Verschlechterung oder die anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr nach Vollziehung der Wandelung verschuldet hat, ersatzpflichtig, (§§ 347, 989) und er hat das, was er vielleicht von der nicht ganz untergegangenen oder abhanden gekommenen Sache noch hat, oder was infolge des zufälligen Umstandes, der ihm die Rückerstattung unmöglich macht, in sein Vermögen gelangt, dem Verkäufer herauszugeben. — (§§ 346, 281.)

b) Schliesslich hat Käufer die Nutzungen herauszugeben, die fructus percepti und percipiendi,[13]) und ist zum Ersatz verpflichtet,

---

Anspruch genommen werden für diejenigen Auslagen, die Käufer aus freien Stücken machte, wenn er, wie es z. B. in manchen Gegenden Sitte ist, den Verkäufer, Vermittler etc. (z. B. beim Weinkauf) bewirtet, auch dann nicht, wenn den Käufer hierbei die irrige Ansicht verleitet, dergleichen gehöre zur Perfektion des Kaufes. Vgl. im übrigen Primavesi S. 32.

12) Dernburg B.G.B., S.R. § 183[3].

13) Genau entsprechend dem Edikt l. 1, § 1, D. 21,1: „sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea fructus pernenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat." Vgl. auch l. 23, § 1 D. h. t.

falls er es unterlassen hat, solche nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zu ziehen. (§§ 987, 100.) [14])

5. Das ius tollendi und das ius retinendi.

1. Nach § 997 kann der Besitzer einer Sache, namentlich eines Grundstücks, wenn er mit dieser eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, diese abtrennen, mag er nun gutgläubig oder schlechtgläubig gewesen sein. Doch ist er alsdann verpflichtet, die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu versetzen. Dasselbe gilt nach § 258 von einer Einrichtung, mit der die Sache verbunden war. Dieses Recht, welches gleichsam ein Aequivalent dem Käufer bieten soll, ist dann von Wichtigkeit, wenn Verkäufer dergleichen Anlagen nicht billigt, weil er sie nicht für notwendig hält.

Nach § 997 ist das Trennungsrecht ausgeschlossen:

a) wenn die Verbindung zum Zwecke der gewöhnlichen Erhaltung der Sache geschah;

b) wenn die Abtrennung für den Käufer keinen Nutzen hat. —

2. Ferner steht dem Käufer nach § 1000 ein Zurückhaltungsrecht zu, dahingehend, dass Käufer die Herausgabe der Sache verweigern kann, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Selbstverständlich steht dem Käufer dieses Recht im Falle des dolus nicht zu. Die Geltendmachung dieses Rechtes ist davon abhängig, dass Verkäufer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. (§ 1001.) Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Verkäufer dadurch vom Anspruche befreien, dass er die wiedererlangte Sache zurückgibt. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn Verkäufer die ihm vom Käufer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt. Der Anspruch des Käufers erlischt mit Ablauf eines Monats, bei Grundstücken in sechs Monaten nach vorbehaltloser Herausgabe, — wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung oder Genehmigung der Verwendungen seitens des Verkäufers erfolgt. (§ 1002, Abs. I.)

Um den Schwebezustand bezüglich der Genehmigung der Verwendungen zu beseitigen, kann Käufer den Verkäufer gemäss

14) Die Restitutionspflicht erstreckt sich auch auf denjenigen Erwerb, welcher mit der Sache gemacht ist oder hätte gemacht werden können, als Nutzungen § 99 § 100 im weitsten Sinne entsprechend l. 23, § 9, l. 24, D. h. t. Somit geht die Leistungspflicht des redhibierenden Käufers über das negative Vertragsinteresse hinaus. Vgl. Hanausek S. 143, Abs. 2, Bd. I.

§ 1003 binnen einer von ihm gesetzten Frist zur Erklärung hinsichtlich dieser auffordern. Nach Ablauf der Frist darf er sich aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken nach den Vorschriften über Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen befriedigen, wenn die Genehmigung nicht rechtzeitig erfolgt. Bestreitet Verkäufer den Anspruch vor Ablauf der Frist, so kann Käufer sich aus der Sache erst befriedigen, wenn nach rechtskräftiger Feststellung des Betrages der Verwendungen gemäss § 705 C.P.O. Käufer den Verkäufer nochmals zur Erklärung binnen angemessener Frist auffordert, und dieser trotzdem innerhalb derselben die Genehmigung nicht erteilt hat.[15])

6. Untergang und Verschlechterung der Kaufsache infolge Zufalls.

Im Anschluss an das gemeine Recht[1]) und im Gegensatz zum code civil[2]) und preussischen Landrecht[3]) hat Käufer nach § 350 auch dann ein Rücktrittsrecht, wenn die Sache in der Zwischenzeit seit dem Kaufabschluss zufällig[4]) untergeht; es soll eben der Erwerber, wie dies die Absicht des Gesetzes ist, in die Lage gebracht werden, die bestanden hätte, wenn er sich überhaupt nicht auf den Vertrag eingelassen hätte; (Mot. II S. 282.) Eine solche Regelung enspricht, wie die Denkschrift S. 83 hervorhebt, auch dem wirtschaftlichen Prinzip des Rücktrittsrechts, „welches eben dahin geht, den Rücktrittsberechtigten bei einer Aenderung der Umstände gegen etwaige Nachteile des Vertragsschlusses, zu denen auch die Folgen des Ueberganges der Gefahr gehören, zu schützen." Welche Härten für den Verkäufer diese Regelung aber in sich birgt, verkennen selbst die Motive (II. S. 231) nicht. Allerdings ist zuzugeben, dass das andere Prinzip erfahrungsgemäss nicht selten schwer zu lösende Streitigkeiten im Gefolge hat und den Erwerber benachteiligt, wenn die Sache infolge eines vom Veräusserer zu vertretenden Mangels verschlechtert oder untergegangen ist. Sarkastisch drücken dies

15) Dernburg, Sachenrecht S. 355, § 120d, Anm. 10; Z.V.G. §§ 15 ff.

1) l. 38, § 3, l. 47, § 1, p. D. t. und per arg. e contrario auch l. 31, § 6, 11, 12, D. h. t.

2) c. c. Art. 1647.

3) A.L.R. I, 5, §§ 327, 328.

4) Begriff bei Schollmeyer ad § 350; Mot. II, S. 429, z. B. wenn das fehlerhafte Haus durch Blitz eingeäschert; vgl. l. 38, § 3, D. h. t.: „et si mortuum fuerit iumentum, pari modo redhiberi poterit, quemadmodum potest"; l. 47, § 1, D. h. t.: „post mortem autem hominis aediliciae actiones manent".

die Römer aus: „mortuus redhibetur, — der tote Sklave wird zurückgegeben, d. h. nichts.[5]) A fortiori geschlossen gilt dasselbe auch beim casus deteriorationis.

Immerhin handelt es sich hier um eine dispositive Vorschrift, wenn dies im Gesetz auch nicht ausdrücklich gesagt ist.[6])

Was von kasueller Verschlechterung oder kasuellem Untergang der Sache gilt, ist endlich auch von einer Verschlechterung der Sache anzunehmen, die ihren Grund in der Fehlerhaftigkeit der Sache selbst hat.[7])

Die Beweislast trifft den Käufer, denn wer eine Tatsache behauptet, hat sie zu beweisen.[8])

7. Ausschluss des Rücktrittsrechts.

1. Nach § 351 ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn Käufer eine wesentliche Verschlechterung oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache verschuldet hat. Damit hat das B.G.B. eine berüchtigte Kontroverse des gemeinen Rechts im verneinenden Sinne entschieden.[9]) Gleichgültig ist es hierbei, ob die Verschlechterung oder Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache durch eine Tätigkeit oder durch ein Unterlassen seitens des Käufers oder der Personen verursacht worden ist, deren er sich zur Erfüllung seiner Pflichten bedient hat.[11]) Ob die Verschlechterung wesentlich

5) Lepenau S. 11 versucht diesen Satz damit zu begründen, dass durch die Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache der Käufer zum Gläubiger und zugleich Schuldner des Verkäufers wird. Im Augenblick der Redhibition hat Gläubiger das Recht, den gezahlten Preis zurückzufordern, und, macht er von dem Rechte Gebrauch, als Schuldner die Pflicht, die Sache zurückzugeben. Wird er nun durch kasuellen deteritus von seiner Pflicht als Schuldner enthoben, so bleibt sein Recht als Gläubiger doch immerhin noch unabhändig davon bestehen.

6) Über Casus vgl. auch Planck ad § 350; ferner Dernburg S. 60; Prot. I, 490, 491; Mot. II, S. 583.

7) Vgl. Gesterding: Zeitschrift für Zivilrecht und Praxis VI, S. 34.

8) Streit im gemeinen Recht zwischen Hanausek und Gesterding sowie Holzschuher; vgl. hierüber Lepenau S. 12 und unten § 13 über Beweislast.

9) In Betracht kommen: l. 1, § 1; l. 23, pr.; l. 25 pr. et eiusdem l. § 1 bis § 5, §§ 6, 9, 14, 15, D. h. t. Bei kulposem Untergang, sei es nun, dass dieser durch culpa in faciendo oder in non faciendo durch den Käufer selbst oder familiae procuratorisve eius verursacht war, war das Redhibitionsrecht des Käufers an die Erstattung des Wertersatzes gebunden.

10) Endemann I § 148 Anm. 21 S. 661; Schollmeyer 2 ad § 351.

11) Unzweifelhaft mird man im Gegensatz zum gemeinen Recht einen Rück-

ist, ist quaestio facti. Hauptsächlich dürfte deren Einfluss in wirtschaftlicher Beziehung zu beachten sein. Was unter schuldhaft zu verstehen ist, ist zweifelhaft. Ist es rein technisch gebraucht oder bezeichnet es jede freie, nicht durch die Verhältnisse gebotene oder gestattete Handlung? Oertmann (I ad § 351) ist der richtigen Ansicht, dass für's erstere die Erwägung spräche, dass von einem wahren Verschulden hier, wo der Betreffende doch ein volles Recht auf den Gegenstand hätte, doch kaum die Rede sein könne, ferner die Analogie von § 352, der sonst ganz singulär dastände.

Der Untergang eines erheblichen Teils steht nach § 351 Satz 2 einer wesentlichen Verschlechterung gleich.[12]) Demnach sind die vorerwähnten Gesichtspunkte auch für den Begriff der Erheblichkeit massgebend. Trotzdem es das Gesetz nicht offen ausspricht, wird man den Untergang eines erheblichen Teils der Unmöglichkeit der Herausgabe eines erheblichen Teils gleich stellen müssen.

Da das Gesetz auf eine wesentliche Verschlechterung Gewicht legt, so folgt daraus, dass bei einer nur unwesentlichen der Rücktritt zwar zulässig ist, der Berechtigte dann aber nach Massgabe des § 347 zum Ersatz des durch diese entstandenen Schadens verpflichtet ist. Dasselbe gilt auch, wenn der untergegangene Teil kein erheblicher ist.

2. Der Rücktritt ist ferner ausgeschlossen, wenn der Käufer die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache andrer Art umgestaltet hat. (§ 352.) Wegen der allgemeinen Fassung der Vorschrift kommt es daher auf Kenntnis oder Verschulden des Spezifikanten gar nicht an (§ 950); denn

---

tritt auch dann für ausgeschlossen zu erachten haben, wenn Konsumtibilien infolge Verbrauchs untergegangen sind. Vgl. Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XI, No. 67. Anders liegt die Sache, wenn Konsumtibilien nach Vollziehung der Wandelung teilweise verbraucht sind. Alsdann sind die Grundsätze über Verschlechterung analog anzuwenden, jedoch mit der Massgabe, dass zwischen teilbaren und unteilbaren zu unterscheiden ist. Im ersteren Falle ist ein Redhibitions- bezw. Minderungsrecht mit Modifikationen statthaft, im letzteren Falle — im Gegensatz zum gemeinen Recht, wo ein solches gegen Erstattung des Wertersatzes möglich ist — nicht; cf. Goldschmidt Bd. XI S. 396; Seuffert Bd. V No. 121, wo der Fall, dass der Käufer eines von zwei Fässern Tabak verbraucht hat, dahin entschieden wird, dass hierdurch die Geltendmachung seiner Ansprüche wegen Fehlerhaftigkeit des andern Fasses nicht beeinträchtigt wird.

12) Die Begründung liegt nach den Protokollen I, S. 705 in der wirtschaftlichen Bedeutung.

eine Spezifikation ist der Meinung der Motive nach (II. S. 231) einem Untergange der Sache gleichzustellen; hat sie also der Käufer vorgenommen, so hat er die Wandlung verloren. Eine Ausnahme aber gilt für den Fall, dass der Mangel sich erst bei der Spezifikation gezeigt hat. (§ 467 Satz II.) In diesem Falle ist die Wandlung statthaft; natürlich muss dann das aus dem ursprünglichen Gegenstande Hergestellte gemäss § 281, aber auch schon nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herausgegeben werden. Die Kosten[13]) sind dem Käufer wie Verwendungen zu erstatten, nicht schlechthin. Auch hier genügt nach Analogie des § 351 Umwandlung eines wesentlichen Teils; desgleichen ist auch § 278 analog anzuwenden. Im Falle einer kleinen Umänderung der Sache ist natürlich der Rücktritt zulässig, und wenn diese sich als eine Verbesserung darstellt, hat der Verkäufer nach § 347 noch den Bedarf zu ersetzen; aber auch bei Verbesserungen[14]) an der Sache, die nicht nur eine kleine Umänderung der Sache darstellen, sondern den Mangel gänzlich beseitigen, dürfte ein Rücktritt statthaft sein; es müsste denn im konreten Falle in der Beseitigung des Sachfehlers ein Verzicht auf den Rücktritt zu erblicken sein. Auch eine gänzliche Umgestaltung der Sache dürfte meiner Ansicht das Rücktrittsrecht dann nicht benehmen, wenn der neue Zustand kein notwendig dauernder ist, oder der Sache die frühere Gestalt zurückgegeben werden kann.[15]) Im Falle unnötiger, unverhältnismässig hoher Aufwendungen, die den Verkäufer zu einer wesentlichen Belastung verpflichten, lässt das Reichsgericht[16]) den Rücktritt fortfallen. Auch für das B.G.B. wird man dies anzunehmen haben, wenn solche Verwendungen in Kenntnis des Rücktritts gemacht sind.[17])

3. Schliesslich ist das Rücktrittsrecht des Käufers nach § 353 dann ausgeschlossen, wenn der Käufer den empfangenen Gegen-

13) Mot. II, S. 230; Oertmann 2c ad § 467.

14) Wann ein Verzicht vorliegt, ist in concreto zu entscheiden, Hanausek S. 281; bezüglich des Ersatzes herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur Streit. So will Windscheid (S. 440) den Verkäufer nur für diejenigen Auslagen Ersatzpflichtig machen, welche dieser auch selbst gemacht haben würde, während Dernburg (S. 277) dem Verkäufer stets die Pflicht auf Ersatz der Auslagen auf die Kaufsache an den Käufer auferlegt.

15) Für's gemeine Recht vgl. Lepenau S. 24 ff.; Eck S. 169, 170; Gesterding Archiv VI S. 39; Seuffert Archiv II S. 170; Hanausek S. 148, 281.

16) Bei Seuffert Bd. 48 No. 15 S. 22.

17) Oertmann ad § 352.

stand oder einen erheblichen Teil desselben veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet und wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind.[18]) Bekanntlich gestatteten die ältere Gesetzgebung, z. B. der codex Maximilianeus Bavaricus IV, cap. 3. § 23. No. 9, sowie die neuere Literatur und neuere Entscheidungen nicht einmal eine Weiterveräusserung der Sache, ohne nicht das Rücktrittsrecht zu verlieren.[19]) Auch die Kommission des B.G.B. war bezüglich einer solchen Normierung im Zweifel. So verbot § 430 E. I No. 1 und 2 rücksichtslos bei jeglicher Verfügung über die Sache den Rücktritt, wenn infolge dieser der Käufer die Kaufsache nicht zurückgeben konnte. § 303 Entw. I stand auf demselben schroffen Standpunkte. Erst durch die Revision der zweiten Kommission ist obige Vorschrift des § 353 entstanden. Lediglich Billigkeitsgründe leiteten die Kommission. In Erwägung wurde namentlich gezogen, dass der Käufer bei Unvermögen der Herausgabe doch sehr wohl in der Lage sein könne, die Sache später herauszugeben (z. B. bei Weiterveräusserung durch Rückveräusserungsvertrag, Einwilligung des neuen Erwerbers). Freilich, wenn bei dem neuen Erwerber die Voraussetzungen der §§ 351, 352 zutreffen, dann ist der Rücktritt, wie bereits erwähnt, ausgeschlossen.

Ergänzend fügt § 353 in seinem zweiten Absatz noch hinzu, dass einer Verfügung des Berechtigten eine solche gleichsteht, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

8. Unwirksamkeit des Rücktritts.

Da nach § 348 Leistung und Gegenleistung nur Zug um Zug zurückgefordert werden können, so kann Verkäufer, wenn Käufer mit der empfangenen Sache oder eines erheblichen Teils derselben in Verzug kommt, diesem nach § 354 eine Präklusivfrist stellen. Erfolgt innerhalb derselben die Rückgewähr der Sache nicht, so tritt nicht etwa wie nach den allgemeinen Grundsätzen über Leistungsverzug eine Steigerung seiner Haftung ein,

18) z. B. Niessbrauch, Pfandrecht; bei Miete zweifelhaft; Oertmann hält § 353 richtiger Ansicht auch hier berechtigt, denn Miete fällt ja unter den Begriff Verfügung; vgl. auch Cosack S. 425 § 127 3c und 3d.

19) Lepenau S. 34 ff.; Entscheidung des R.H.G.B. No. 65 S. 202 citiert bei Lepenau S. 35.

sondern der Rücktritt wird unwirksam. Der Gleichheit des Grundes wegen, sowie mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift wird man mit Planck (2 ad § 354) auch den Fall hierher rechnen müssen, wenn der Zurücktretende die Sache nur mit erheblicher auf die Sache gelegter Belastung zurückgewähren kann. [20])

Unwirksam nennt das Gesetz den Rücktritt. Ist unwirksam gleich nichtig? Das ist ein Streit, der bis jetzt noch nicht zu einem befriedigenden Resultate geführt hat. [21]) Während Planck (2 g ad § 467) der Ansicht ist, dass der Zustand wieder eintritt, der vor Vollziehung der Wandlung war, — der Käufer dürfe nunmehr nicht mehr Wandelung verlangen — ist die andere Partei der Ansicht, „dass vom Momente des Ablaufes der Frist nur eine weitere Durchführung der Wandelung verboten sei, dass aber nicht alles, was geschehen sei, zu beseitigen ist." [22]) Letztere Ansicht dürfte die richtige sein, weil nach dem ganzen Sprachgebrauche des Gesetzes in dem Worte „unwirksam" nicht die absolute Strenge erblickt werden soll, wie in dem Worte „nichtig". Um mildere Folgen auszudrücken, wird hier das Wort nichtig absichtlich vermieden.

III.

Wandelung in besonderen Fällen.

1. Mehrheit der Subjekte.

§ 356 regelt den Fall, dass beim Kaufvertrage auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt sind. Alsdann kann das Rücktrittsrecht nur von allen oder gegen alle gemeinsam ausgeübt werden. Dieser Fall wird praktisch, wenn z. B. Käufer stirbt und von mehreren Erben beerbt wird, oder wenn mehrere Käufer dasselbe Ganze kaufen. Alsdann ist Konsens unter allen erforder-

20) Scholmeyer 2b ad § 354.

21) Leonhard: Allgemeiner Teil des BGB. S. 428.

22) Schollmeyer S. 17; Leistner S. 66.

1) Findet kein Konsens unter den Käufern statt, dann braucht sich der Verkäufer auf die Wandelung nicht einlassen; ein Grundsatz, der der aequitas vollkommen entspricht; „denn es wäre hart, wenn der Verkäufer, welcher vielleicht einen blossen Teil der Sache auf keine Weise verkauft hätte, einen solchen zurückzunehmen und in eine missliche, vielleicht zu Prozessen nötigende communio zu treten, sollte gezwungen werden können, während er sich überdies noch gefallen lassen müsste, von einem andern Käufer mit der actio quanti minoris belangt zu werden. Wenn die Regel: „nemo invitus compellitur ad communionem" irgendwo anwendbar ist, so scheint sie hier es sein zu müssen." Ribbentrop, zur Lehre von den Korrealobligationen S. 163.

lich und Ausübung des Redhibitionsrechtes von allen. Gleichgültig ist es hierbei, ob die Sache bezw. die Leistung teilbar ist oder nicht. Nicht hierher gehört der Fall, wenn mehrere Personen die Sache zu je einem Teile kaufen; alsdann ist nicht ein Kauf, sondern es sind ebenso viele Käufe abgeschlossen.[2]) Offenbar entspricht diese Regelung durchaus der aequitas und Verkehrssitte. Es wäre unbillig, heben die Motive (II S. 284) hervor, einem jeden ein willkürliches, in Ansehung der Quoten unabhängig von dem Willen der anderen zustehendes Recht einzuräumen. Auch ist durch diese summarische Regelung manche Kontroverse des gemeinen Rechts z. B. hinsichtlich der Mehrheit der Verkäufer aus der Welt geschafft.[3])

2. Mehrheit der Objekte.

In § 469 hat eine im gemeinen Recht berüchtigte Streitfrage endlich eine befriedigende positive Regelung erfahren. Sind nämlich von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist.

Dieser Fall betrifft die Redhibition bei blosser unitas pretii (Preiseinheit ohne inneren Zusammenhang), über welche sich im gemeinen Recht nicht weniger als drei völlig von einander abweichende Ansichten gebildet hatten. Voraussetzung ist, dass auch wirkliche unitas pretii vorliegt, und nicht etwa aus der einheitlichen Preisbestimmung auf das Vorhandensein des weiteren Moments der von beiden oder einer der Parteien gewollten Zusammengehörigkeit der Kaufobjekte zu schliessen ist. Die Preisreduktion bei dieser Art Wandelung („si simpliciter uno pretio venierint") regelt § 471. Danach erfolgt die Herabsetzung des Gesamtpreises in dem Verhältnisse, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Gesamtpreis zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde. Beträgt also z. B. der Gesamtwert der

---

2) Ebenso wie im röm. Recht l. 31, § 10, i. f. D. h. t.: item si plures singuli partes ab uno emant, tunc pro parte quisque eorum experietur". Über die Verschiedenheit im röm. Recht und die Streitfragen in dieser Beziehung vgl. Lepenau S. 65, 63 ff.

3) Ist die Redhibition bereits erfolgt, d. h. die Vollziehung der Wandelung, und kann die Kaufsache infolge unverschuldeter Unmöglichkeit nicht zurückerstattet werden, dann kann jeder einzelne Käufer pro parte den gezahlten Kaufpreis nebst Zinsen als auch anderweitige Entschädigungsansprüche geltend machen.; l. 31, § 6 D. h. t. „idem ait, homine mortuo vel etiam redhibito singulos pro suis portionibus recte agere." Glück Bd. XX. S. 108.

Sachen in mangelfreiem Zustande 2500 Mk., der Wert der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen 2300 Mk. und der Kaufpreis 2400 Mk., so ist folgende Gleichung aufzustellen:

$$2300 : 2500 = \times : 2400 \quad \times = 2048$$ [1])

Hat aber der Käufer neben dem in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu zahlenden Kaufpreise Leistungen als Entgelt versprochen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so ist bei der Berechnung dieser Leistungen ihr Wert zur Zeit des Kaufabschlusses in Anschlag zu bringen. (§ 473). Die Herabsetzung der Gegenleistung erfolgt dann zunächst an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschiessenden Betrag dem Käufer zu ersetzen. [2])

Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann nach § 469 Satz 2 jeder Teil verlangen, dass die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.

Welche Tragweite hat nun diese Vorschrift?

1. Zunächst ist jene Totalredhibition dann statthaft, wenn die Sachen objektiv zusammengehören und ein Preis für sämtliche Sachen gezahlt wird; z. B. es kauft jemand Schillers Werke, die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, ein Schachspiel. —

2. Daseslbe gilt bei objektiver Zusammengehörigkeit ohne Preiseinheit. Z. B. es kauft jemand ein Schimmelviergespann, wobei für jedes einzelne Pferd aus besonderen Gründen ein besonderer Preis festgestellt ist. Hinterher stellt es sich heraus, dass eins von den Pferden für den Viererzug nicht geeignet ist.

3. Endlich ist bei subjektiver, d. h. von den Parteien gewollter Zusammengehörigkeit Totalwandelung statthaft, wobei es rechtlich unerheblich ist, ob unitas pretii vorliegt oder nicht.

Der Fall liegt einfach und gibt zu Zweifeln dann keinen Anlass, wenn Käufer und Verkäufer die Zusammengehörigkeit wollen; z. B. A. kauft von B. ein Haus mit Garten, ohne dass diese zusammen wirtschaftlich, d. h. objektiv ein Ganzes bilden.

Gilt aber dasselbe auch, wenn nur eine Partei die Zusammen-

---

1) Beispiel entlehnt aus Anm. 4 zu § 471 F. u. H.

2) Siehe unten unter § 7 Minderungsklage.

gehörigkeit zur lex contractus macht? Z. B. R.G. V. 1890 in Gruchot 34, S. 952—56.[3])

K. reflektiert auf das dem V. gehörige Haus Ziegelhof No. 8. V. erklärt, er verkaufe dasselbe nur zusammen mit dem ihm ebenfalls gehörigen Haus Ziegelhof No. 6. K. kauft demnächst beide Häuser für 54000 Mk. an. Später wird in No. 6 Schwamm als bereits beim Kaufabschluss vorhanden konstatiert, und K. will nun bloss No. 6 redhibieren, No. 8 behalten, was V. verweigert.

Ausschlaggebend für die Totalredhibition ist der Nachweis, dass V. einen „Nachteil" (d. h. vermögensrechtlichen nicht ideellen) durch die Trennung erleidet, — dass er nur dann einen höheren Preis erzielt, wenn er beide zusammen verkauft.[4])

Die Teilredhibition ist also eigentlich nur subsidiär zugelassen, nämlich nur für den Fall, dass der andere Gegner durch diese keinen Schaden erleidet.

3. Mängel der Hauptsache.

Ist die Hauptsache mangelhaft, so erstreckt sich die Wandelung auch auf die Nebensache. (§ 470.)[1]) Was aber Nebensache ist, entscheidet Verkehrssitte oder Parteiwillen. — Umgekehrt,[2]) ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden.

4. Fehlen der zugesicherten Grundstücksgrösse.

Nach § 468 ist Wandelung wegen Fehlens einer zugesicherten Grundstücksgrösse nur statthaft, wenn dieser Mangel so erheblich

3) Abgedruckt bei Beheim-Schwarzbach S. 15.

4) Trotz Nichtvorhandenseins objektiver oder subjektiver Zusammengehörigkeit ist aber Totalredhibition auch dann statthaft, wenn Verkäufer z. B. Waren liefert, bezüglich deren die begründete Vermutung durchgängiger Fehlerhaftigkeit entsteht. Hierher gehört z. B. der Fall, dass Käufer bei Lieferung einer Partie Fruchtkonserven, Zigarren, Gewehrpatronen bei Untersuchung der Ware einzelne schadhaft findet. In solchen Fällen dem Käufer obiges Recht zu versagen, würde gewiss dem Verkehrsinteresse und der aequitas zuwiderlaufen. (Derselben Ansicht Beheim-Schwarzbach S. 26 ff.)

1) Genau wie im röm. Recht: l. 33 § 1 D. h. t.: „si vendita res redhibeatur, servus quoque, qui ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur."

2) Diese positive Regelung entspricht eigentlich nicht ganz der aequitas. Früher (l. 32 vgl. Bellerstein S. 38 und l. 33 D. h. t.) erfolgte eine Redhibition, wenn das Accessorium mangelhaft war, dann, „wenn die Nebensache als solche den Anlass zum Abschluss des Kaufvertrages gegeben hat oder wenn in irgend einer Weise — sei es ausdrücklich z. B. durch ein darauf sich beziehendes dictum promissum — oder stillschweigend — z. B. durch die Art und Weise der Preisbestimmung — auf dieselbe Rücksicht genommen ist."

ist, dass die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat.

IV.

Haftet Verkäufer bei der Wandelung auch für den durch die Sache direkt zugefügten Schaden?[1])

Hierüber herrschte bekanntlich im gemeinen Recht eine bedeutende Meinungsverschiedenheit. Es handelt sich um die Fälle, in denen eine Sache z. B. infolge ihrer Eigenschaft direkt einer anderen einen Schaden zufügt, ohne culpa des Verkäufers. Das Gesetz schweigt und drückt damit indirekt aus, dass in einem solchen Falle eine Schadensersatzpflicht seitens des Verkäufers nicht eintritt. Die Begründung geben uns die Motive, welche ganz energisch eine derartige Haftung verwerfen:

„Der für das gemeine Recht aufgestellte Satz, dass der Veräusserer durch die Wandelung verpflichtet werde, dem Erwerber den diesem durch die Sache verursachten Schaden zu ersetzen, ist zwar auch in einige moderne Gesetze[2]) übergegangen. In der Praxis wird jedoch diese Richtung des Anspruches aus der Wandelung keineswegs anerkannt, wie auch die Begründung dieses Satzes für das römische Recht nicht zweifelsfrei ist.[3]) Das geltende Recht

1) Entwurf I § 385 gewährte im Gegensatz zu § 400 Ent. II, welcher auch ins Gesetzbuch übergegangen ist, dem Käufer die Rechte auf Wandelung oder Minderung neben (nicht anstatt) dem Rechte auf Schadensersatz. Billigung fand § 385 von Bähr (Gegenentwurf 1892 § 361), während Hachenburg (in den Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches (1888—1890) Heft 2 S. 137 ff.) und Bernhöft (in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich (1888—1890) Heft 12 S. 35) ihn heftig bekämpften. Ob die neuere Regelung glücklich ist, darüber lässt sich streiten. — Jedenfalls sprechen viele Gründe für die Vorschrift des § 385 des ersten Entw. und der Ansicht Frings (Dissertation: Wandelung und Schadensersatz. Göttingen 1896) ist durchaus beizupflichten.

2) Sächsisches Gesetzbuch § 913. Schweizerisches Bundesgesetz Art. 253.

3) Das ist richtig, wenigstens für die Litteratur. Die Entscheidungen verpflichten den Verkäufer selbst bei Culpa zu keinem weiteren Ersatz. Ich verweise hier nur auf das Erkenntnis des O.A.G. zu Jena (Seuffert Archiv VII,[25]), des O.H.G. zu Lübeck (Seuffert Archiv XVI, 181) und das des A.G. in Celle (Seuffert Archiv XXXII, 193). — Auf Iherings Lehre von der culpa in contrahendo will ich nicht eingehen — sie ist beanstandet und nicht einwandsfrei. — Das B.G.B. gedenkt nur in § 488 bei Verkäufen eines Teiles des möglicherweise eintretenden Schadens. Im übrigen verhält es sich durch sein Schweigen, wie erwähnt, ablehnend. Ob mit Recht, bleibt dahingestellt. Man denke nur an den Fall, wo jemand z. B. angefaultes Getreide, welches auf einem Speicher gelagert hatte, auf

verhält sich überwiegend ablehnend gegen den Satz, mindestens für die Fälle, in welchen dem Veräusserer kein Verschulden zur Last fällt. Eine Vorschrift des angegebenen Inhalts würde zu grossen Unbilligkeiten führen und wäre ohne positive und darum missliche Beschränkungen nicht durchzuführen; misslich wäre insbesondere die dem Veräusserer beizulegende Befugnis, sich durch Preisgebung der Sache von der Schadensersatzpflicht frei zu machen. Schuldfreiheit des Veräusserers vorausgesetzt, ist es immer hart, diesen zu verpflichten, den fraglichen Schaden zu ersetzen, obschon er weder eine Eigenschaft zugesichert, noch einen Mangel verhehlt hat."

§ 7. Minderung.

I.

Prozessuale Gestaltung.

Nach § 465 ist die Minderung vollzogen, wenn sich Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt hat. Zur Geltendmachung der Minderung gehört aber — wie dies bis jetzt in der Literatur fast durchgängig behauptet wird,[1]) noch die Angabe der Preisreduktion. Aus diesem Grunde halten Eccius

---

welchem auch anderes Getreide lag, verkauft, ohne es vorher einer Untersuchung zu unterziehen und ohne besagten Umstand dem Käufer anzugeben, Ihn dann haftfrei ausgehen zu lassen, entspricht doch offenbar nicht der aequitas. Eine andere Frage ist natürlich die, inwieweit Käufer seinerseits dafür verantwortlich zu machen ist, dass er es schuldhaft unterlassen hat, das verdorben gewordene Getreide, welches auch sein aufgespeichertes unbrauchbar gemacht hat, auf seine Beschaffenheit hin zu untersuchen. — Hier könnte ev. von einer gegenseitigen Kompensation die Rede sein. — Es ist fraglich, ob die Praxis in solchen Fällen den Verkäufer für haftfrei in Bezug auf den Schaden erklären wird. — Handelt aber Verkäufer völlig entschuldbar, dann kann von einer weiteren Ersatzpflicht selbstverständlich nicht die Rede sein.

1) Endemann I, § 161, Anm. 13; Planck 2 ad § 465; E. in G. S. 330 ff. 325 S. Eccius sieht nämlich, wie bereits oben S. 38 und Anm. 12 S. 37 erwähnt, in § 465 d. h. in der Vollziehung der Wandelung und Minderung nicht „den üblichen Hergang eines Vertrages". (S. 323 oben). „Aus dem abweichenden Wortlaut des Gesetzes ergiebt sich zweierlei: Aus dem „ist vollzogen" statt „wird vollzogen" folgt, dass das Gesetz nur darauf abzielt, einen Zeitpunkt festzusetzen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten ist, von dem Wandelungsverlangen wieder abzugehen. Aus dem Gebrauch des eine Bedingung oder hier vielleicht nur einen Zeitpunkt andeutenden „wenn", geht hervor, dass das Gesetz nicht das Wesen der Wandelung, als an einen Wandelungsvertrag geknüpft, bezeichnet, dass vielmehr nur das Eine zum Ausdruck gebracht ist, dass die Wandelung auch an einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne". (S. 324/25.) Das Gleiche gilt von der Minderung. (S. 333.)

und Endemann einen Minderungsvertrag als undenkbar, „da ja in diesem Fall der Richter als dritter hinzutritt, welcher im Streitfall die Preisminderung zu bestimmen hat.“ Leistner (S. 40 ff.) will aber den Vertrag als solchen gelten lassen; nach seiner Ansicht ist zwar die Preisreduktion „integrierender“ Bestandteil des Minderungsbegehrens, aber der Richter hat hier zu einer sog. qualifizierten Zustimmungserklärung zu verurteilen, bei der Wandelungsklage dagegen zu einer einfachen. Dass diese Ansicht nicht zu halten ist, ist oben S. 36 gezeigt. Wie bereits bemerkt, lautet hier das Begehren schlechthin „Minderung“, da von einer Notwendigkeit der Angabe der Preisreduktion bei dieser Klage im Gesetze keine Rede ist. Während nun bei der Wandelung: Rückgängigmachung des Kaufes das Wesen derselben ist, ist dieses bei der Minderung Herabsetzung des Kaufpreises. Inhalt der Wandelung ist aber das redhibere, die oben S. 50 erwähnte „quasi in integrum restitutio“, Inhalt der Minderung die „Bestimmung“ der Preisreduktion. Während weiter, wie bereits oben S. 45 ff. bewiesen, Wesen und Inhalt mit dessen Folgen beim Wandelungsvertrage und dem Urteile aus § 894 C.P.O. unmittelbar zusammenfallen, würden hier erst mittelbar durch das Dazwischengreifen des Richters im Streitfalle Wesen und Inhalt in § 894 C.P.O. vereinigt. Die Vertragsnatur der Minderung wird aber dadurch nicht gestört, denn das prozessuale oder ausserprozessuale Begehren lautet hier nur Minderung.

II.

Die Preisreduktion.

1. Einfacher Fall.

Zu zahlreicheren und schwierigeren Kontroversen als die Wandelungsklage gab die actio quanti minoris im gemeinen Recht Anlass, indem dieser sogar die Daseinsberechtigung von Neustetel[1]) streitig gemacht wurde.[2]) Als diese Ansicht endgültig widerlegt

1) Neustetel und Zimmern, Römischrechtliche Untersuchungen 1821, Bd. I, No. 9 S. 155.

2) Im Gegensatz zum gemeinen Recht, welches bei der Minderung auf den Kaufpreis Gewicht legt, weist das A.L.R. I, 11 § 206 auf den Sachwert hin; es bestimmt: Die Vergütung solle gleich sein dem Minderwert der Sache wegen der fehlenden Eigenschaft, und dieser Minderwert solle gefunden werden durch vereidete Sachverständige.

Das sächs. Ges.-Buch § 919 bestimmt: „ . . . so hat der Veräusserer so viel von der Gegenleistung zu erlassen, oder so viel zu ersetzen, als die Sache ihrer Fehler-

war, entstand die zweite Kontroverse, „um wieviel“ gemindert werden soll. Berechtigten Anlass gaben die Quellen selbst; denn bald hiess es, es sei dem Käufer zu ersetzen: „quanti minoris res fuerit“ — bald „quanti minoris emisset emptor si sciisset. — Und so bildeten sich nicht weniger als drei von einander abweichende Berechnungsarten, deren jede zahlreiche Anhänger aufwies:

1. Es soll dem Käufer die einfache Differenz zwischen dem Werte der Sache in ihrem vorhandenen fehlerhaften Zustand und demjenigen Werte, den sie ohne diesen Fehler nach objektiver Schätzung haben würde, ersetzt werden,

2. Die einfache Differenz zwischen dem Werte der fehlerhaften Sache und dem Kaufpreise.

3. Die Differenz zwischen dem Kaufpreise und derjenigen Summe, welche zu dem Kaufpreise in demselben Verhältnisse steht, wie der Wert der fehlerhaften zu dem Wert der fehlerlosen Sache nach objektiver Schätzung.“ [3])

Jene beiden ersten sog. objektiven Berechnungsarten sind offenbar nicht zweckmässig und unbillig. Dies hat Hellweg [4]) an der Hand von Beispielen nachgewiesen; denn nach ersterer Methode könnte der zu mindernde Kaufpreis auf Null reduziert werden, wenn die Wertdifferenz zwischen der mangelfreien und mangelhaften Sache den Betrag des Preises nicht erreicht; letztere Methode könnte unter Umständen dahin führen, dass überhaupt nichts abgezogen wird, wenn der Preis trotz des Mangels noch immer gleich oder grösser als der Wert ist. Aber auch die dritte sog. relative Methode ist nicht ganz von Einwänden frei, wie von Dewitz S. 8 ff. richtig nachgewiesen hat. Denn der Fehler jener letzteren Berechnungsart liegt in ihrem inneren Wesen; es wird der präsumtive Wille des Käufers gesucht; dies ist aber schlechthin eine Unmöglichkeit. Auch lässt sich schliesslich unter allen Umständen nicht behaupten, dass diese Methode stets das Billigkeitsgefühl auf ihrer Seite hat. [5]) Gleichwohl lässt sich andererseits nicht leugnen, dass

---

haftigkeit wegen zur Zeit des Vertragsschlusses weniger wert war, als die Gegenleistung beträgt, oder zu derselben Zeit wert gewesen“.

3) Die Zusammenstellung v. Dewitz S. 7 ff.

4) Hellweg: „Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris“ im Archiv für civ. Praxis. Bd. 59 S. 37.

5) Ich verweise auf die eingehenden Ausführungen bei v. Dewitz: Über die Berechnung des Minderungswerts bei der actio quanti minoris. Dissertation. Marburg 1890.

diese Berechnungsart dem erstrebten Ideale am nächsten kommt. Demzufolge hat auch das B.G.B. in § 472 [6]) diese Art adoptiert. Es ergibt sich folgende Gleichung: Der Vertragspreis „p" verhält sich zum geminderten Preis „x", wie der Wert, den die Sache in mangelfreiem Zustande haben würde, „w_1" zu dem Werte, den sie in ihrem mangelhaften Zustand wirklich hat „w_2" [7])

$$x = \frac{w_2 \; p}{w_1}$$

2. Minderung beim Verkauf zu einem Gesamtpreise.

§ 472 Abs. II regelt den Fall der unitas pretii:

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen „Gesamtpreis" die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen."

Auch für diesen Fall ist Plancks Formel zu § 472 Abs. I in der Weise anwendbar, dass w_1 und w_2 der Gesamtpreis, den die gekauften Sachen zur Zeit des Verkaufes bei Mangelfreiheit der mangelhaften Sache gehabt hatten, und den sie wirklich gehabt haben, als p der Gesamtwert anzusehen ist. Ist z. B. $w_1 = 1000$; $w_2 = 700$; $p = 300$; dann ist

$$x = \frac{700 \cdot 1300}{1000}$$

Massgebend für die Feststellung des objektiven Wertes der Sache — sowohl des idealen wie des wirklichen — ist die Zeit des Vertragsschlusses; denn es handelt sich darum, „den Vertragspreis gleichsam zu kritisieren oder zu verbessern." [8]) Eccius (E. i. G. S. 334 Anm. 46) rügt eine Ungenauigkeit im Gesetze, indem er den Fall im Auge hat, dass ein Fehler sich erst zwischen Vertragsschluss und Uebergang der Gefahr einstellt, „da ja hier die Sache im kritischen Moment offenbar frei ist." Eccius sucht den Ausgleich darin, dass hier unter objektiven wirklichen Wert in § 472 der-

6) Sch. in G. Bd. 45, S. 544, Anm. 37.

7) Hierzu ist zu bemerken, dass bei Feststellung des Wertes der fehlerhaften Sache auch die Vorteile berücksichtigt werden müssen, die die Sache noch gewährt. Die Bedeutung des Fehlers ist im übrigen nach dem Vertragsinhalt zu bemessen. Es kommt also nicht darauf an, ob die Sache noch zu andern Zwecken, als welche im Vertrage ausgedrückt sind, brauchbar ist. Vgl. Förster: Privatrecht, Bd. 1, 1865, S. 477; Planck ad § 472.

8) Cosack I, S. 417 § 127 No. 5b.

jenige zu verstehen ist, den die Sache haben würde, wenn sie schon damals mit dem Fehler belastet gewesen wäre.

§ 472 Abs. 2 regelt also die Fälle der subjektiven, ferner der objektiven Zusammengehörigkeit, des Kaufes in Bausch und Bogen und die Fälle des Ankaufes einer Partie Zigarren, Getreide etc., sofern nur unitas pretii vorliegt.

3. Subjektive oder objektive Zusammengehörigkeit der Kaufobjekte ohne Preiseinheit.

Diesen Fall regelt das B.G.B. nicht. Ehrlich (S. 82) und Cosack[1]) folgern hieraus, dass für den Fall der Sonderfestsetzung eines Preises für jedes bestimmte Objekt keine Rücksichtnahme auf die Zusammengehörigkeit der einzelnen Stücke und auf das Interesse der Parteien erfolgen dürfe. Ein solcher Standpunkt ist hart, der Billigkeit keineswegs entsprechend und offenbar auch gar nicht von den Verfassern des Gesetzestextes gewollt. Wenn das Gesetz in solchen Fällen, wie oben S. 37 ff. gezeigt, eine Wandelung gestattet, um ev. mehr nicht eine Minderung unter Rücksichtnahme auf die Zusammengehörigkeit?! — Und wenn für eine blosse unitas pretii § 472 Abs. II eine positive Regelung für notwendig erachtet wurde, so glaube ich indirekt schliessen zu dürfen, dass bei objektiver oder subjektiver Zusamemngehörigkeit eine solche gar nicht für notwendig erachtet wurde, dass vielmehr stillschweigend dieser Fall dem § 472 Abs. II unterstellt wurde. Ist aber dieses der Fall, dann befindet sich das B.G.B. im Einklang mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts. Dernburg vertritt für das B.G.B. dieselbe Ansicht; er betrachtet die Preisfestsetzung für jede einzelne Sache oder für sämtliche Sachen zusammen, sofern nur Zusammengehörigkeit der Objekte erwiesen ist, als etwas „Zufälliges", darum rechtlich irrelevant.[2])

4. Nebenleistungen des Käufers.

Es kann vorkommen, dass neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen festgesetzt sind, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstand haben. Dies ist rechtlich möglich, ohne dem Geschäfte seinen Kaufcharakter zu nehmen.[1]) In diesem Falle sind nach § 473

---

1) Cosack I § 127 No. 7 bβ.

2) Dernburg § 187 No. 6 S. 67; Cosack I § 127, Hannausek I S. 131 No. 1 und S. 132 bis 2.

1) Oertmann 1a ad § 473; Leistner S. 74 Anm. 1; Planck 1 ad § 473 F. und H. 1 ad § 473.

die Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 zu ihrem Schätzungswert zur Zeit des Vertrages in Ansatz zu bringen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt alsdann an dem in Geld festgesetzten Preise. Ergibt sich hierbei, dass dieser geringer ist als die Minderungssumme, so hat Verkäufer dem Käufer den überschiessenden Betrag zu ersetzen. Hat also Käufer bereits gezahlt und die neben dem Geldpreise bedungenen Dienste geleistet, so ist er berechtigt, den gezahlten Kaufpreis und jenen Mehrbetrag, der durch die geleisteten Dienste entstanden ist, dessen Feststellung durch freie Schätzung, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen erfolgt, zu fordern. Aber auch, wenn Käufer die Dienste noch nicht geleistet hat, ist er berechtigt, vom Verkäufer die Vergütungssumme zu fordern, sofern er nur bereit ist, die Leistungen zu bewirken. [2])

Bilden nicht Dienste, sondern vertretbare Sachen den Gegenstand von Nebenleistungen, so wird man, da § 473 hierüber nichts Besonderes bestimmt, bei der Gleichheit des Grundes mit Planck und Oertmann [3]) annehmen müssen, dass der Käufer die Minderungssumme an dem Geldpreise oder an den Nebenleistungen in Abzug bringen kann. [4]) Ein Beispiel von Dernburg möge dies illustrieren:

B. kauft eine Sache im Werte von 1000 Mk., zahlt 500 Mk. bar und leistet für die übrigen 500 Mk. Dienste. Nun stellt sich aber bei der Sache ein Fehler heraus, durch den dieselbe nur $^2/_3$ des Kaufpreises wert ist. In diesem Fall kann Käufer mit der Minderungsklage 166 $^2/_3$ Mk. $^1/_3$ Pfg. zurückfordern, der bare Geldpreis wird also auf 0 reduziert. Sind in dem gewählten Beispiele statt der Dienste vertretbare Sache geleistet, z. B. Getreide im Werte von 500 Mk., so kann Käufer gemäss § 473 einen Teil des Getreides zurückverlangen. [4])

5. Mehrheit von Personen.

Im Gegensatz zum Wandelungsrecht, das nur einheitlich, also nur gegen sämtliche Verkäufer und nur von sämtlichen Käufern geltend gemacht werden kann, kann das Minderungsrecht, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere beteiligt sind, von jedem der mehreren Käufer wie auch gegen jeden der mehreren Verkäufer, willkürlich und unabhängig von dem Willen der andern gemäss § 474

2) Prot. I S. 696.
3) Planck 3 ad § 473; Oertmann 1b ad § 473.
4) Prot. I S. 697.
5) Vgl. auch Oertmann 1b ad § 473.

Abs. 1 geltend gemacht werden, ebenso von bezw. gegen jeden der mehreren Erben oder sonstigen Gesamtrechtsnachfolger.[5]) Mit Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung erlischt infolge der alternativen Natur des Wahlrechts das Wandelungsrecht dieses Käufers auch gegenüber den andern Verkäufern und damit auch das Wandelungsrecht der andern Käufer gegenüber allen Verkäufern. (§§ 356, 474 Abs. II.)[6]) Im Hinblick auf die Selbständigkeit des Minderungsanspruches, seine völlige Unabhängigkeit von einer späteren Verfügung des Käufers über die Sache, geht der Anspruch auch dann nicht verloren, wenn der Erwerber die Sache mit noch so grossem Gewinn veräussert.[7])

6. Wiederholte Minderung.

In Erweiterung des § 465 bestimmt § 475 in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht, dass der Käufer trotz bereits vollzogener Minderung berechtigt ist, wegen eines andern neuen Mangels Wandelung oder Minderung von Neuem zu verlangen, und zwar ist sein Recht im Gegensatz zu Entw. I. § 393 nicht auf den Fall beschränkt, dass der Fehler erst nach Geltendmachung des ersten Fehlers entdeckt wird.[8]) [9]) Diese Vorschrift enthält eigentlich, wie die Motive (§§ 392, 393) selbst zugeben, einen „selbstverständlichen Vorbehalt"; denn der Käufer ist ja gemäss § 459 ff. bei jedem neuen Mangel berechtigt, von Neuem seine Ansprüche geltend zu machen. Verlangt der Käufer nun wegen eines bereits früher entdeckten Mangels nachträglich Wandelung oder weitere Minderung, so muss in einem solchen Falle geprüft werden, ob nicht darin, dass der Käufer diesen Fehler nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, ein Verzicht auf die Ansprüche zu erblicken ist.[10]) Was den Umfang der nunmehr neu zu erfolgenden Preisermässigung anbelangt, so muss natürlich die bereits erfolgte Minderung berücksichtigt werden.[11]) Demnach ist in der zur Durchführung der Minderung aufzustellenden Gleichung nicht der Wert der mangelfreien, sondern der unter dem

---

6) Oertmann 1 ad § 474.

7) Cosack I § 127, V, 5; Mot. II S. 237 ad § 394; Oertmann 2 ad § 474.

8) Mot. II, S. 236 ad § 392.

9) Planck 1 ad § 474.

10) Planck 1 ad § 475; Oertmann 1 ad § 475; Leistner S. 75

11) l. 31 § 16 D. 21,1: „id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur".

Einfluss des ersten bereits abgetanen Mangels dem jetzigen mangelhaften Zustand gegenüber zu stellen.[12])

7. Wiederholte Minderung bezw. Wandelung im Prozesse.

Diese Frage wurde bereits in der zweiten Kommission Gegenstand mehrfacher Erörterung. Die eine Partei hielt einen solchen Uebergang zur Wandelung für wünschenswert, „weil der auf Minderung gerichtete Prozess völlig gegenstandslos werde; eigentlich folge sie schon aus § 240 Nr. 3 (jetzt § 268 Nr. 3), wenn man nämlich davon ausgehe, dass als Grund nicht der geltend gemachte Mangel, sondern die behauptete Mangelhaftigkeit der Kaufsache einzusehen sei. Bei den Zweifeln jedoch, die darüber obwalten könnten, empfehle sich eine spezielle Vorschrift."

Der andere Antrag ging dagegen von der Annahme aus, „dass nicht ohne weiteres sich sagen liesse, es liege keine Klageänderung vor. Eine besondere Vorschrift wurde für notwendig erachtet, aber nur hinsichtlich eines Ueberganges zur Wandelungsklage, nicht aber zur erweiterten Minderungsklage, „weil hier der Minderungsanspruch nicht überflüssig werde.[1]) Der Standpunkt hinsichtlich dieser Frage war also ein geteilter, und eine diesbezügliche Novelle zur C.P.O. ist nicht ergangen. Nach der juristischen Wochenschrift[2]) (98, 388 II) liegt beim Uebergang von der Wandelungs- zur Minderungsklage eine Aenderung des Klagegrundes nicht vor, da beide Klagen auf demselben Grunde beruhen. — Trotz der strengen und eine Klageänderung erschwerenden Vorschrift des § 240 (alter C.P.O.) ist die Absicht der Kommission doch, wenn auch auf einem kleinen Umwege, vom Gesetze erreicht worden, und zwar durch die Novelle vom 17. V. 1898 zur C.P.O. — § 264 —, nach welcher auch nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit eine Aenderung der Klage zulässig ist, wenn nach dem Ermessen des Gerichts die Aenderung der Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird oder der Beklagte einwilligt. Erstens dürfte im konkreten Falle selten zutreffen.[3])

Falls bei mehrfacher Preisreduktion der Wert der Sache schliesslich auf „Null' herabsinkt, musste der Richter nach gemeinem Recht von Amtswegen auf Wandelung erkennen. Eine derartige Be-

12) Oertmann 1b ad § 475.

1) Prot. I S. 699.

2) Vgl. auch 1 ad § 268 C.P.O. (Ausgabe von Sydow und Busch.)

3) Vgl. auch Planck 2 ad § 465; 2 ad § 475.

stimmung wurde in das B.G.B. deshalb nicht aufgenommen, weil nach der Begründung der Motive (II. S. 237 §§ 392, 393) „der Käufer sie jederzeit dadurch vereiteln könne, dass er einen Minderungsanspruch erhebe, welcher von dem Kaufpreise einen minimalen Betrag überlasse".[4])

§ 8.

Schadensersatz.

In Anknüpfung an die Frage, ob die Wandelungsklage auch den Ersatz des Schadens unter Umständen mitumfasse, wurde auch die Frage nach dem Umfang des zu ersetzenden Schadens berührt.[1]) [2]) Streng logisch könnte Käufer, da ja der hier in Frage stehende dolus ein „dolus causam dans" ist oder wenigstens ein solcher ist, der diesem gleichsteht, den Vertrag nur anfechten, mit der Wirkung, dass er den Ersatz des negativen Interesses zu fordern berechtigt ist. Dies geben die Motive (II. § 385) selbst zu. Aber im Interesse tunlichster Sicherheit des Verkehrs rechtfertige sich die Vorschrift. Nach § 385 (jetzt § 463) gehe demnach der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse.

Die Fälle der Schadensersatzpflicht seitens des Verkäufers sind folgende:

1. Nach § 463 Satz 2 steht dieser Anspruch dem Käufer zu, wenn Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.[3])

---

4) Vgl. die Anm. 4 ad § 19 bei Hanausek Bd. 1.

1) Hier möge ein Irrtum Leistners (S. 32 No. 2) berichtigt werden. Nach Leistner steht dem Käufer beim Spezieskauf nach § 463 wahlweise neben Wandelung und Minderung das Recht auf Schadensersatz zu. § 463 gewährt aber jene beiden ersten Klagen nicht neben dem Rechte auf Schadensersatz, sondern statt dieses Rechtes. Den Standpunkt Leistners vertrat § 285 des ersten Entwurfs, nach welchem Käufer mit der actio redhibitoria dasselbe wie mit der actio empti erreichen konnte.

2) Mommsen (Beiträge zum Obligationenrecht Bd 5, Braunschweig 1855): Lehre vom Interesse, unterscheidet sehr genau zwischen Schadensersatz und Interesse. Letzteres bedeutet vollständige Schadloshaltung, umfasst daher den Schadensersatz mit. Es kommen damnum emergens und lucrum cessans in Betracht, d. h. derjenige Gewinn, den der Käufer aus der Sache, wenn sie fehlerlos geliefert wäre, gezogen hätte, dagegen ist derjenige Gewinn, der kein ordentlicher ist, so wie ihn der Lauf des Lebens und des Verkehrs mit sich bringt, sondern durch ausserordentliche seltene Zufälligkeiten und Einflüsse hätte entstehen können, naturgemäss nicht in Betracht zu ziehen.

3) Der dolus ist Tatfrage; vgl. l. 1, Cod. de aed. ed. 4,58: „si non sempliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti vellalio modo vitiosum quis vendidit . . ."

2. Wenn Verkäufer nach § 459 Abs. 2 eine Eigenschaft zusichert, so haftet er für Erfüllungsinteresse gemäss § 463 Satz 1, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes die zugesicherte Eigenschaft fehlt.

3. Für den Verkauf von Grundstücken ist besonders vorgeschrieben, dass der Mangel an zugesicherter Grösse als Qualitätsmangel zu gelten habe, und dass demgemäss nach § 468 beim Nichtvorhandensein der zugesicherten Grundstücksgrösse Käufer für vollen Schadensersatz zu haften habe. Die actio redhibitoria darf Käufer dagegen nur geltend machen, wenn die Erfüllung des Vertrags für ihn überhaupt kein Interesse hat; die Rechte auf Schadensersatz oder Minderung stehen dem Käufer also primär zu.

4. Wenn im Falle einer der Gattung nach bestimmten Sache dieser die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges fehlt.

IV. Kapitel.

§ 9.

I. Ausschluss der Haftung des Verkäufers.

In gewissen, im Gesetze positiv geregelten Fällen wird der Verkäufer von jeglicher Gewährleistungspflicht befreit.

a) So hat Käufer einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Dann hat Verkäufer auch für solche Fehler nicht einzustehen, die sich leicht beseitigen lassen, es müsste denn ein stillschweigender Vorbehalt auf spätere Beseitigung derselben in dem ganzen Verhalten des Käufers erblickt werden, — ferner nicht für zugesicherte Eigenschaften; ja selbst sein dolus macht ihn straffrei.[1])

b) Der Kenntnis steht nach § 460 Satz 2 die grobe Fahrlässigkeit des Käufers gleich mit der Modifikation, dass Verkäufer im Gegensatz zu § 460 Satz 1 dann für Fehler einzustehen hat, wenn er deren Abwesenheit zugesichert hat, oder wenn er die Fehler arglistig verschweigt. Die Haftung des Verkäufers beschränkt sich daher auf die in § 459 Abs. 1 bezeichneten Fehler, also auf solche, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Ver-

1) Cosack I. § 127 No. 2—4.

trage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern." — Hier findet gewissermassen das deutschrechtliche Sprichwort: „Augen auf, Kauf ist Kauf"[2]) Anwendung. Da den Käufer keine Untersuchungspflicht trifft, er nur für culpa lata einzustehen hat, so hat er sich beim Kauf der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu befleissigen. — Demnach hat er beim Ankaufe bestimmter Gegenstände (Haus, Kunstwerke etc.) auf deren Beschaffenheit zu achten: deren Vorzeigung hat er zu verlangen; seine Prüfung darf keinesfalls oberflächlich sein. Was aber grobe Fahrlässigkeit ist, ist in concreto zu entscheiden. Unzweifelhaft spielt Sachkunde seitens des Käufers bei der Beurteilung dieser Frage eine grosse Rollen. Auch der dolus ist Tatfrage. Ein solcher wird aber stets dann vorliegen, wenn Verkäufer ihm bekannte Fehler verschweigt und wider Treu und Glauben die beabsichtigte Prüfung der Sache seitens des Käufers erschwert.[3])

c) Entsprechend dem römischen „minima non curat praetor" bestimmt § 459 Abs. 1 Satz 2, dass Verkäufer für Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nur unerheblich mindern, nicht einzustehen hat. Rechtlich relevant aber werden diese Fehler, wenn Verkäufer für deren Abwesenheit die Garantie übernommen hat. Die Unerheblichkeit des Fehlers ist Tatfrage.

Ausschlaggebend ist im allgemeinen die vertragsmässige Bestimmung der Sache.

d) Eine Haftung tritt ferner nicht ein, wenn Verkäufer gemäss § 461 eine Sache 1. auf Grund eines Pfandrechts, 2. in öffentlicher Versteigerung, 3. unter der Bezeichnung als Pfand verkauft. Die drei Voraussetzungen enthält § 461. Die Art des Verkaufes regelt § 383 Abs. III. Diese Vorschrift ist dem A.L.R. (§ 344 I. 11 und § 216 I. 20) sowie dem code civil (Art. 1649) z. T. bekannt, dagegen dem gemeinen Recht völlig neu. Gegenüber dem § 395 des ersten Entwurfs bedeutet sie eine erhebliche Erweiterung. Hervorzuheben ist, dass § 461 ius dispositivum nicht ius cogens enthält. wie Eccius (E. in G. S. 313. 314) annimmt. Dies folgt, abgesehen

---

2) Die Frage, ob ein Fehler offensichtlich oder verborgen ist, ist in concreto zu entscheiden. Verborgene Fehler können z. B. solche sein, die nur ein Kunstverständiger entdecken kann; es können aber auch an und für sich erkennbare sein, wenn die Ware z. B. in ihrer Verpackung Gegenstand der Veräusserung und Weiterveräusserung ist, mithin nicht besehen werden kann.

3) Cosack I. § 127 No. 4.

aus den Motiven[4]), aus der Analogie des § 476, der Vorschrift § 242 über Treu und Glauben und aus der Natur der Sache. Entsprechend dem § 461 des B.G.B. bestimmt § 806 der C.P.O.:

Wird ein Gegenstand auf Grund einer Pfändung veräussert, so steht dem Erwerber . . . . wegen eines Mangels der veräusserten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu."

sowie das Gesetz vom 24. März 1897 § 56 Satz 3:

„Ein Anspruch auf Gewährleistung findet nicht statt."

e) Gemäss § 2376 Abs. II hat Verkäufer im Gegensatz zu §§ 459 ff. Fehler einer zur Erbschaft gehörigen Sache nicht zu vertreten; denn die Nachlasssachen sind nur so zu übereignen, wie sie sich vorfinden. Eine Haftung wegen dolus wird hierdurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen. (Mot. II. S. 359.)

f) Auch können die Parteien über die Gestaltung der Gewährleistung einen besonderen Vertrag schliessen, die Haftung für Fehler kann dem Verkäufer erlassen werden; die Gewährleistungspflicht kann auch beschränkt oder erweitert werden. Ein pactum de dolo non praestando ist aber auch hier kraft positiver Vorschrift (§ 476) nicht gestattet. — Gemäss § 477 Abs. I Satz 2 kann im Gegensatz zu § 225 Satz I die Verjährungsfrist vertragsmässig verlängert werden oder verkürzt. — Ob eine Verlängerung über die ordentliche Verjährungsfrist von 30 Jahren statthaft ist, ist zweifelhaft. Da das Gesetz hierüber schweigt, wird man mit Planck (5 ad § 477) deren Zulässigkeit annehmen dürfen. Praktisch dürfte die Frage selten werden.

g) Eine Haftung des Verkäufers ist gemäss § 464 ausgeschlossen, wenn Käufer eine mangelhafte Sache annimmt, obwohl er den Mangel kennt und bezüglich desselben sich keinerlei Rechte vorbehält. Eine solche Vorschrift entspricht durchaus der Billigkeit; denn die Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz trotz vorbehaltloser Annahme und Kenntnis der Mängel geltend zu machen, würde gegen Treu und Glauben verstossen; darum, so führen die Motive (II S. 229) aus, „erheischte es für das Interesse des Verkehrs für den gedachten Fall die nachträgliche Verfolgung jener Rechte positiv auszuschliessen."

II. Schliesslich möge noch die Frage erörtert werden, wie es

---

4) Mot. II, S. 237 § 395 „. . . wenn auch nicht im Sinne einer absoluten, anderweiter Vereinbarung entzogenen Norme".

zu halten ist, wenn beim Abschluss des Kaufvertrages die Sache zwar einen Mangel aufweist, Verkäufer sich aber verpflichtet, diesen bis zum Uebergang der Gefahr zu beseitigen? Liegt hierin eine Garantieübernahme gemäss § 459 Abs. II vor, oder ein selbständiger Nebenvertrag? Man wird mit Ehrlich (S. 49) unbedenklich letzteres annehmen dürfen. Verkäufer haftet demgemäss nach § 241 auf Leistung und bei schulhafter Unterlassung derselben gemäss § 325 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

V. Kapitel.

§ 10.

Der Genuskauf.

Lange Zeit behandelte man den Genus- und Spezieskauf in Bezug auf die ädilizischen Rechtsmittel im gemeinen Rechte gleich, bis endlich Thoel in seinem Handelsrechte Band I § 275 einen feinen Unterschied zwischen beiden Arten von Geschäften nachwies. Nach seinen Ausführungen ist bei nicht vertragsmässig gelieferter Sache ein ganz anderes Objekt als das kosentierte geliefert. Demnach beschränkt sich das Recht des Käufers beim Genuskauf darauf, neue Lieferung zu verlangen; ausserdem ist Käufer berechtigt, sein Interesse, dass ihm vorher eine nicht empfangbare Sache geliefert worden ist, geltend zu machen, nur die ädilizischen Rechtsmittel stehen ihm nicht zu. Seitdem herrschte hinsichtlich dieser letzteren Frage in der Praxis der Gerichtshöfe und in der Litteratur grosse Meinungsverschiedenheit.[1]) Ein Plenarbeschluss des Reichsoberhandelsgerichts vom 16. Juni 1873 entschied sich für die Zulässigkeit der ädilicischen Klagen, und machte so endlich dem Zwiespalt der Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe ein erfreuliches Ende.[2]) Diese, vom Reichsgericht angenommene Entscheidung adoptierte auch das B.G.B. in § 480.

Das Wesen des Genuskaufes besteht im Gegensatz zum Spezieskauf, bei dem Verkäufer eine individuell bestimmte Sache zu liefern hat, darin, dass bei diesem der Wille des Käufers darauf gerichtet ist, eine oder mehrere Sachen von einer bestimmten Art und Beschaffenheit zu erhalten. Welche Sachindividuen Käufer erhält, ist ihm gleichgültig, sofern diese nur von vertragsmässiger Art und Beschaffenheit sind. Die Gattungsschuld konkretisiert sich, d. h.

1) Kiel in Gruchot Bd. 42 S. 591.
2) Vgl. Bötzow, Anm. 1 § 1.

geht in eine Speziesschuld über, sobald Käufer gemäss § 243 das seinerseits Erforderliche getan hat. Hierzu gehören zwei Faktoren: einmal muss die zu liefernde Sache von mittlerer Art und Güte sein, und dann muss sie, falls sie eine Bringschuld ist, dem Käufer ausgehändigt, falls sie eine Holschuld ist, ausgeschieden und dem Käufer gemäss § 295 offeriert sein.

Daneben steht dem Käufer elektiv das Recht zu, statt der Wandelung und Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften zu verlangen. Hierdurch wird die Lage des Käufers zu einer ausserordentlich günstigen, da er stets das ihm vorteilhafteste Recht geltend machen kann, Verkäufer aber nicht einmal in der Lage ist, falls ihm die Anstellung der Wandelungs- oder Minderungsklage droht, statt der mangelhaften eine mangelfreie Spezies zu liefern und deren Annahme zu fordern. Wenn auch der Veräusserer als der nähere zur Sache die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens billigerweise tragen muss, so ist doch andererseits nicht einzusehen, warum nicht der Erwerber auch die Folgen seiner irrtümlichen Annahme von vertragswidrigen Waren innerhalb der Grenzen der allgemeinen Grundsätze über die Wirkungen irrtümlich vorgenommener juristischer Handlungen tragen sollte! Trotz dieser und anderer von namhaften Autoritäten erhobenen Bedenken ist dem Wunsche der Gegner, die Nachlieferung einer mangelfreien Sache dem Verkäufer zu gestatten, nicht Rechnung getragen worden. [3])

Auf den Anspruch auf Nachlieferung finden nach § 480 Abs. I Satz 2 die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464—466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474—479 entsprechende Anwendung. Die analoge Anwendung rechfertigt sich aus der Natur der Sache, denn das anloge Ziel ist hier [4]) „Rückgängigmachung der vom Verkäufer zur Erfüllung des Kaufes angebotenen Leistung" Durch die vorbehaltlose Annahme der mangelhaften Sache wird der Anspruch des Käufers dann ausgeschlossen, wenn diese in Kenntnis des Mangels erfolgt. Die Wahl auf Nachlieferung ist mit der Annahme seitens des Verkäufers vollzogen. Bei Mängelrüge (§ 466) kann der Verkäufer den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung auffordern, ob er Nachlieferung ver-

---

3) Vgl. Bötzow S. 58 ff.; Ehrlich Litteraturangabe S. 73 ff. und die Anmerkungen 5 ff.; Mot. II S. 241 ff.

4) Ehrlich S. 74.

lange; er kann sich aber auch gleichzeitig zur Wandelung oder Nachlieferung erbieten und den Käufer binnen einer angemessenen Frist zur Erklärung auffordern, ob er Wandelung oder Nachlieferung verlange, mit der Wirkung, dass der Käufer beide Ansprüche verliert, wenn er sich nicht vor Ablauf der Frist für einen derselben entscheidet. Ist die Wahl der Nachlieferung vollzogen, so finden die für das Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung. Da sich hierbei keine Schwierigkeiten ergeben, so sei auf die Anwendung dieser Bestimmungen bei der Wandelung verwiesen. Auch die Anwendung der §§ 469, 470, 474—479 ist einfach, und es genüge deshalb die Verweisung auf S. 61 ff.

Endlich gewährt § 480 Abs. II dem Käufer als weitgehendstes Recht einen Anspruch auf Schadensersatz, nämlich unter der Voraussetzung, dass der Sache zur Zeit des Gefahrüberganges auf den Käufer eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder sonstige Mängel arglistig verschwiegen werden. Dieser Anspruch kann nicht neben dem Wandelungs- und Minderungsrecht, sondern nur statt dieser Rechte geltend gemacht werden. Wählt also Käufer (einseitig) den Schadensersatzanspruch, so geht er seines Wandelungs- und Minderungsrechtes verlustig; umgekehrt, entscheidet er sich (durch Vertrag) für einen dieser letzteren Ansprüche, so verwirkt er sein Recht auf Schadensersatz. Bezüglich des Gefahrüberganges sei auf das zu Anfang dieses Paragraphen Gesagte verwiesen. Da Schaden (Vermögensschaden nach Mommsen[5]) „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie dieselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten schädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde") so ist entgegen der Ansicht von Ehrlich (S. 71) stets das positive Vertragsinteresse zu ersetzen

§ 11.

Mängelrüge.

Eine Pflicht zur Untersuchung der gekauften Sache kennt das B.G.B. im Gegensatz zum Handelsgesetzbuch § 379 nicht. Allerdings kann aus der vorbehaltlosen Annahme und der Unterlassung der möglichen Untersuchung bezw. Rüge auf den Verzicht der An-

5) Die Definition ist abgedruckt bei Starker S. 20.

sprüche geschlossen werden.[6]) Dies wird in concreto zu prüfen sein. Was „Annahme als Erfüllung" ist, ist auch im einzelnen Falle zu entscheiden. Im übrigen greifen die allgemeinen Vorschriften der §§ 362 ff. Platz. Nach Cosack (I. S. 429 § 127. No. 8a) versteht man unter Annahme beim Grundstücksverkauf sowohl die reale Annahme, als auch die Auflassung. Rechtlich relevant ist nur der frühere Akt. Hervorzuheben ist schliesslich noch, dass diese Regeln im Gegensatz zu Art. 347 des alten H.G.B. auch unter Kaufleuten und Privatmännern Anwendung finden.

§ 12.

Die Behebbarkeit des Mangels der Kaufsache.

Eine schwierige Frage ist die, ob

1. Verkäufer berechtigt ist, die Rechte des Käufers durch Beseitigung der Fehler der Kaufsache auszuschliessen. Das Gesetz lässt die Frage offen; doch scheint es, als ob es ein solches Recht streng verbannen wollte; denn in § 462 heisst es z. B.: „der Käufer kann Wandelung oder Minderung verlangen," ebenso in § 463: „der Käufer kann bei etc. Schadensersatz verlangen." Von einer Nachbesserung ist absichtlich, wie es scheint, keine Rede. Schliesslich könnte man als Beweis für das Nichtvorhandensein eines solchen Rechtes den § 480 ins Feld führen, aus dem doch p. a. e. contrario notwendig folgt, dass nur bei Genussachen, niemals bei Speziessachen eine Nachlieferung einer mangelfreien Sache erfolgen darf.

Warum hat der Gesetzgeber eine so brennende, im praktischen Leben so überaus wichtige Frage übergangen — hat er vielleicht ein solches Recht stillschweigend vorausgesetzt?

Bei der Beantwortung dieser Frage müssen wir auf die geschichtliche Entstehung der einzelnen Rechtsmittel des Käufers zurückgreifen und an der Hand dieser unsere Schlussfolgerung ziehen. Bekanntlich hat das allgemeine Landrecht[1]) die ädilizischen Rechtsmittel dem Käufer erst dann gewährt, wenn der Verkäufer nicht mehr imstande war, dem Fehler abzuhelfen oder die zugesicherten Eigenschaften nachträglich zu gewähren. Diese, im gemeinen Recht

6) Mot. II S. 229 § 386.

1) A.L.R. I, 5 §§ 285 ff., ebenso § 932 österreichisches B.G.B., anders der Code Napoléon art. 1641, 1642; nach gemeinem Recht ist Nachleistung nur so lange zulässig, bis es wegen Nichtleistung zum Prozesse kommt. Der Empfänger ist aber nicht verpflichtet, zunächst auf Nachbesserung zu klagen.

richtiger Ansicht nach, nicht vorhandene Lehre, hat das Gesetz mit gutem Grunde nicht aufgenommen, weil eine derartige Beschränkung nach der Begründung der Motive (II. S. 227) für die Praxis nicht empfehlenswert wäre. Aber so ganz einig war man bei der Beratung des Entwurfes nicht, so wurde der Antrag gestellt, es solle der Verkäufer dann zur Beseitigung eines Mangels berechtigt sein, wenn diese ohne erheblichen Zeitaufwand geschehen könne. Das Recht solle ausgeschlossen sein, wenn ein besonderes Interesse des Käufers die sofortige Wandelung oder Minderung rechtfertige. (Prot. I. S. 697.) Dieser Antrag wurde wohlberechtigt abgelehnt, „da die für die Nachlieferung aufgestellten Voraussetzungen so unbestimmt seien, dass ihr Vorhandensein im einzelnen Falle meist ungewiss sein würde; im Voraus werde selten übersehen werden können, ob der Mangel sich beseitigen lasse, und ob die Beseitigung ohne erheblichen Zeitaufwand möglich sei.“ Abermals kam man auf dieselbe Frage zu sprechen (Prot. I. S. 715), abermals wurde eine gesetzliche Fixierung aus Gründen der Rechtssicherheit und im Interesse des Käufers abgelehnt.

Aus den Protokollen ist demnach nicht auf ein Recht des Verkäufers auf Nachbesserung zu schliessen.

Nun führen aber die Motive (II. S. 227) aus, „dass trotz Schweigens des Gesetzes nicht ausgesprochen sei, dass der Veräusserer nach den Umständen des Falles durch Beseitigung des Fehlers die Ansprüche des Erwerbers ausschliessen kann. Es wird im Einzelnen nur zu prüfen sein, ob einem entsprechenden Verlangen nicht die Annahme der Leistung als Erfüllung entgegensteht.“ — Doch wozu der Unterschied zwischen Annahme als Erfüllung und Nichtannahme?

Auch aus den Motiven lässt sich demnach ein solches Recht des Veräusserers auf Nachbesserung nicht folgern.

Schliesslich vertritt auch die Wissenschaft denselben Standpunkt. So sagt z. B. Planck (4 ad § 462), „dass die Zulässigkeit des Käufers auf Wandelung und Minderung nicht davon abhängig seien, dass der Verkäufer ausser Stande ist, den Mangel zu beseitigen“, der gleichen Ansicht sind Endemann (I. § 161 Anm. 20), Eccius (E. in G. S. 316) und Oertmann. Dieser herrschenden Ansicht haben sich auch Leistner (S. 80), Hasslacher (S. 50) und Ehrlich (Anm. 10 S. 77) angeschlossen.

Dagegen räumt Cosack ein solches Recht dem Verkäufer als „selbstverständlich“ ein; „denn es gehe nicht an, dass der Verkäufer

. . . . . strenger behandelt wird, als der Käufer, der gar nicht liefert." Diese Ansicht dürfte schwerlich haltbar sein.

Wir werden uns hier zu entscheiden haben, dass Verkäufer kein Recht auf Beseitigung des Mangels der Sache habe.

Eine andere Frage ist natürlich die, ob der Käufer dem Verkäufer nicht ex fide bona nachzulassen habe, die nicht zeitraubende, auch die Vertragsabsicht nicht gefährdende Ausbesserung vorzunehmen.[2]) Dies hat die Kommission selbst bei der Beratung im Anschluss an das A.L.R. I. 5 §§ 326/31 mit in Erwägung gezogen, eine besondere gesetzliche Normierung aber unterlassen, weil sich dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des regelmässigen Verkehrs und der praktischen Handhabung des Gesetzes verbiete."[3]) Dieser Ansicht ist auch die Wissenschaft.[4]) Es kommt hier der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zur Anwendung. (§§ 157, 242.) Hinsichtlich dieser können wir jenen oben erwähnten Antrag der zweiten Kommission zu Grunde legen, nach welchem das Nachlieferungs- bezw. Ausbesserungsrecht dann wegfällt, „wenn der Mangel nicht rechtzeitig innerhalb einer angemessenen Frist beseitigt werden kann, und das besondere Interesse des Käufers Wandelung oder Minderung rechtfertigt."

Es möge ferner noch die Frage erörtert werden, ob

2. Käufer vielleicht ein fünftes Recht auf Ausbesserung bezw. Nachlieferung bei mangelhaften Speziessachen hat. Das Gesetz schweigt darüber. Man wird die Frage schlechthin verneinen müssen.[5]) Das Gesetz wahrt, wie Cosack hervorhebt, aufs Strengste die Grenze, welche den Kaufvertrag vom Werkvertrag scheidet.

Kann aber Käufer Ersatz der Kosten verlangen, die er zur Beseitigung eines der Kaufsache anhaftenden natürlichen Mangels aufwandte?

Praktisch kann die Frage nur bei der Minderungsklage werden. Das B.G.B. hat für diese das sog. relative Prinzip bei der Preisreduktion adoptiert.

---

2) Oertmann 5 ad § 462.
3) Prot. I S. 697.
4) Oertmann 5 ad § 462.
5) Oertmann 5 ad § 462; Cosack I, S. 434 § 127 No. 5.

Demnach ist die Frage dann zu bejahen, wenn der Kaufpreis ein normaler war, und wenn die Beseitigung des Mangels nicht mit unverhältnismässigen Unkosten verknüpft war. Die Frage wird zu verneinen sein, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismässigen Aufwand erforderte. Dasselbe gilt jedoch nicht, wenn der Kaufpreis unverhältnismässig hoch oder gering ist. Im ersteren Falle übersteigt der Minderungspreis den Reparaturaufwand, im letzteren Falle würde umgekehrt der Reparaturaufwand die Minderungssumme übertreffen. [7])

§ 13.

Die Beweislast.

Die Frage nach der Beweislast spielt in der Praxis eine nicht unbedeutende Rolle. Erheblich hierbei ist der Umstand, ob Käufer die ihm als Erfüllung angebotene Sache auch als solche angenommen hat, oder nicht.

Das Wesen der Erfüllung besteht in der unmittelbaren Tilgung der Schuldverpflichtung durch Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger; [1]) und zwar bedeutet das Wort „unmittelbar", „dass das ganze Forderungsrecht in seiner rechtlichen Existenz aufgehoben wird." Als Erfüllung aber kann nur eine solche Leistung gelten, welche der Forderung nach Inhalt und Umfang, also der Quantität und Qualität nach genau entspricht; nur zu einer solchen Leistung ist Verkäufer berechtigt, nur eine solche Leistung ist Käufer verpflichtet, anzunehmen.

Der Begriff der Annahme lässt sich, wenn diese nicht ausdrücklich erfolgt, nicht genau feststellen, da diese, wenn sie stillschweigend erfolgt, nur im einzelnen Falle unter Berücksichtigung der verschiedenartigen Umstände nachgewiesen werden kann. Es genügt bei einer stillschweigenden Annahmeerklärung im allgemeinen die Verkehrsauffassung, z. B. liegt eine Annahme vor, wenn Verkäufer ohne Prüfung eine Geldrolle als Zahlung für eine bestimmte Summe angenommen hat. Die Annahme ist von hervorragender Bedeutung, wenn in derselben ein Verzicht auf eine Rüge oder auf einen gemachten Vorbehalt erblickt werden kann. [2])

---

7) Vgl. hierüber F. Kricheldorff: Haftung des Verkäufers bei behebbaren Mängeln der Kaufsache. Dissertation Göttingen, 1893.

1) Endemann Oblig. R. § 141.

2) Abweichend hat § 377 des Handelsgesetzbuchs die Annahme geregelt.

I. Nichtannahme.

Steht nun fest, dass Käufer die ihm vom Verkäufer angebotene Sache nicht als Erfüllung angenommen hat, so kommen bei einer Mängelrüge seitens des Käufers folgende Tatbestandsmomente hinsichtlich der Beweislast in Betracht:

1. Abschluss des Kaufes;
2. ev. Zusicherung von Eigenschaften;
3. dolus des Verkäufers;
4. Mangelhaftigkeit zur kritischen Zeit;
5. ev. Kenntnis bezw. grobe Fahrlässigkeit des Käufers hinsichtlich des Mangels.

Das B.G.B. enthält keine besonderen Bestimmungen bezüglich der Beweisverteilung. Zwar hatte der erste Entwurf im I. Buch, 10. Abschnitt in den §§ 193—198 solche aufgestellt, doch hat die zweite Kommission diese gestrichen und zwar aus dem Grunde „weil für die Regelung der Beweislast lediglich logische Gründe sowie Billigkeits- und Zweckmässigkeitsrücksichten massgebend seien, mit einer Aufstellung genereller Regeln aber sei nichts gewonnen; denn bei richtiger Fassung und Auslegung der Rechtssätze ergebe sich ohne weiteres nicht nur das Beweisthema, sondern auch die Beweislast.“ [3])

Was aber für eine Aufstellung allgemeiner Regeln gilt, ist auch bei den besonderen Vorschriften anzunehmen. Demnach können bei der Lösung dieser Frage lediglich obige von der zweiten Kommission vertretene Gesichtspunkte massgebend sein.

Jene drei ersten oben erwähnten Tatbestandsmomente hat unzweifelhaft Käufer zu beweisen, mag er nun offensiv oder defensiv, d. h. mit einer actio oder einer exceptio non ad impleti contractus seine Ansprüche gegen den Verkäufer geltend machen. Den 5. Klagausschliessungsgrund hat umgekehrt dagegen Verkäufer zu beweisen; denn wer etwas behauptet, hat es zu beweisen. Behauptet also z. B. Käufer Mangelhaftigkeit, so hat er diese zu beweisen, mithin die Voraussetzungen seiner Rechte gemäss §§ 459, 460. Wendet nun Verkäufer ein, Käufer hätte sie gekannt, so hat umgekehrt Verkäufer das Kennen oder Kennenmüssen des Käufers zu beweisen; und repliziert nun endlich Käufer, Verkäufer hätte beim Verkaufe arglistig gehandelt, so hat abermals Käufer die Beweislast hinsichtlich des dolus.

3) Prot. I, S. 259; Ehrlich S. 94/95.

Bezüglich der Beweisfrage zu No. 4 herrscht in der Literatur lebhafter Streit.[4]) Ich glaube aber, dass Käufer auch in diesem Falle den Beweis der Mangelhaftigkeit zu führen habe und zwar aus folgenden Gründen:

1. Nach den für die Beweisführung allgemeinen Gesichtspunkten der Anspruchsbegründung hat Käufer das Vorhandensein von Fehlern zu beweisen; hierbei ist es vollständig gleichgiltig, ob der Fehler sich später einstellte oder schon zur kritischen Zeit vorhanden war. Wenn Käufer also nach § 462 Wandelung oder Minderung begehrt, so hat er die Voraussetzungen seiner Ansprüche nachzuweisen; hierher gehört aber unter anderen wie § 459 gleich im Anfange hervorhebt, auch der Nachweis, dass „die Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht", den fraglichen Mangel bereits hatte.

2. Da nach § 442 Käufer einen Mangel im Rechte nachzuweisen hat, wenn Verkäufer denselben bestreitet, so ist nicht einzusehen, warum § 442 nicht analoge Anwendung finden sollte für den Fall von physischen Mängeln der Kaufsache.

3. Wird in § 484 z. B. vermutet, dass, wenn sich ein sog. Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist zeigt, dieser schon zu der Zeit vorhanden war, wo die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Nach § 492 findet § 484 Anwendung, wenn beim Viehhandel eine „zugesagte Eigenschaft" dem Tiere fehlte. Da nun gesetzliche Vermutungen lediglich den Zweck verfolgen, die aus diesen Berechtigten von der Beweislast zu befreien, diese Präsumption aber nur beim Viehkauf fixiert sind, so folgt p. a. e. contrario, dass grundsätzlich nur auf den Käufer die Beweislast hinsichtlich der Sach-Mängel fällt.[5])

II. Annahme als Erfüllung.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Käufer nach erfolgter Annahme als Erfüllung, hinterher vielleicht aus Chikane oder mangels bereiter Zahlungsmittel Mangelhaftigkeit der Sache vorschützt, um von seinen Verpflichtungen ganz oder teilweise los zu kommen. Für diesen Fall bestimmte § 367 des ersten Entwurfes, dass bei einer exceptio non rite adimpleti contractus, d. h. wenn Käufer Mangel-

4) Für die Beweislast des Käufers Laband S. 35; Kloss S. 284; für die des Verkäufers Ortmann No. 7 ad § 459; Cosack ohne Angabe von Gründen § 128 S. 436; Endemann S. 720 § 161 No. 4.

5) Kloss S. 284.

haftigkeit der Leistung rügte, dieser beweispflichtig war. Diese Vorschrift hatte materiell rechtliche Bedeutung insofern, als Käufer auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung die Gegenleistung wegen Nichterfüllung nicht verweigern konnte, prozessuale insofern sich die Beweislast umkehrte.[6]) Diese Vorschrift, welche sich ausdrücklich nur auf Mangehaftigkeit der Sache bezog, wurde von der zweiten Kommission beseitigt. — Nunmehr bestimmte § 363:

„Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung nicht deshalb als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete oder weil sie unvollständig gewesen sei."

Passt nun diese Vorschrift auf die Beweisfrage beim Kauf?

Mangelhaftigkeit ist mit Unvollständigkeit der Leistung, die sich auf Menge, Grösse und Zahl bezieht, nicht identisch, man müsste denn der Sprache Gewalt antun und eine mangelhafte Leistung als eine nicht geschuldete, daher unvollständige bezeichnen. Welche Folgen dies nach sich zieht, möge folgendes Beispiel zeigen. „Käufer kauft ein Gemälde eines berühmten Künstlers, welches, wie es sich später herausstellt, einige Fehler besitzt. Das Gemälde ist nun zwar mangelhaft, aber nicht unvollständig; demnach kann Verkäufer die Herausgabe nicht verweigern. Somit ist eine Anwendung des § 363 auf den Spezieskauf ausgeschlossen. Da aber das Gesetz hinsichtlich der Beweislast zwischen Genus- und Spezieskauf einen Unterschied nicht macht, so entfiele hiermit die Anwendbarkeit des § 363 vollständig."[7])

Gleichwohl aber halte ich aus Gründen der Entstehungsgeschichte des § 363 seine Anwendung bei der Beweislast beim Kaufe als wohlberechtigt.

Wie bereits gezeigt, ist § 367 des 1. Entw. absichtlich nicht auf die Fälle der Lieferung eines aliud pro alio und der Unvollständigkeit der Leistung ausgedehnt worden, weil „hierzu weder innere Gründe noch das praktische Bedürfnis sprächen." Diese Beschränkung ist aber bereits in § 312 des 2. Entwurfs fallen gelassen, und auch nicht mehr in die Schlussredaktion aufgenommen worden, offenbar, wie mir scheint, weil eine besondere Beweisregelung hinsichtlich der

6) Planck Anm. 3 ad § 363.
7) Kloss S. 283.

physischen Mängel als überflüssig erachtet wurde. Als selbstverständlich wurde diese Beweisfrage der in § 363 geregelten, bisher sehr bestrittenen, schwierigen Rechtsfrage hinsichtlich der Lieferung einer nicht geschuldeten oder unvollständigen stillschweigend unterstellt. [8])

Somit also ergibt sich, dass § 363 mit Rücksicht auf seine Entstehungsgeschichte, nach der Absicht des Gesetzgebers unterschiedslos Anwendung findet, aus welchem Grunde immer nur bestritten wird, dass die Leistung nicht der Verbindlichkeit entsprechen sollte, demnach sowohl in den Fällen des aliud pro alio und der Unvollständigkeit, als auch wenn die Sache Quantitäts- oder Qualitätsmangel aufweist.

§ 14.

Verjährung.

Durch die zahlreichen Rechtsmittel, die dem Käufer bei Mängeln der Kaufsache zu Gebote stehen, ist seine Rechtslage ausserordentlich günstig gegenüber derjenigen des Verkäufers. Doch ist letzterem, abgesehen von einigen Hülfsmitteln, so in der Vorschrift des § 466 und in der Möglichkeit durch vertragsmässige Vereinbarung die Gewährleistungspflicht zu ermässigen oder gänzlich auszuschliessen, in dem Institut der Verjährung ein wirksamer Rechtsschutz gewährt. Dieses ist auch im Interesse des Verkehrs eine nicht zu unterschätzende Einrichtung, „weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar, und die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.“ [1])

Von den zwölf Tafeln an bis in die neueste Zeit fortbestehend finden wir das Institut der Verjährung, aber hinsichtlich der Frist und der Rechtsmittel, bei welchen die kurze Verjährung statthaft war, verschieden normiert. — Nach römischem Recht [2]) verjährte die actio redhibitoria in sechs Monaten, die actio quanti minoris in einem Jahre, wobei die Fristen als tempus utile berechnet würden. Nach dem A.L.R. soll der Zeitlauf bei Landgütern drei, bei Grundstücken ein

---

8) Endemann § 141 Anm. 6; Planck Anm. 2 ad § 363.

1) Mot. II S. 238.

2) Hoffmann im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 177.

Jahr, bei beweglichen Sachen sechs Monate betragen. Aehnliche Bestimmungen finden wir im österreichischen Gesetzbuch § 993, im code civil Art. 1648, sächs. G.B. § 923; schweiz. Bd. Ges. Art. 257—259.

Das B.G.B. hat sich dem geltenden Recht angeschlossen, und deshalb, wie oben S. 34 ff. gezeigt, [3]) den Rechten auf Wandelung und Minderung die Eigenschaft von Ansprüchen beigelegt. Dies war das Natürlichste: denn durch Gestaltung zu einer Präklusivfrist, in dem Sinne, dass beide Rechsmittel gerichtlich vom Käufer mittels Klage oder Einrede geltend zu machen wären, oder durch einfache Erklärung innerhalb dieser Frist, wäre wie die Motive II 238 mit Recht hervorheben, eine bedenkliche Neuerung gegenüber dem geltenden Recht geschaffen worden, und wenn auch durch positive Ausnahmestatuierung die für die Anspruchsverjährung geltenden Rechtsnormen für anwendbar erklärt worden wären, so wäre eben der Boden der Präklusivfrist verlassen worden.

Wie die Zeitdauer der Verjährung, so ist auch deren Beginn verschieden bisher normiert worden. Das römische [4]) Recht liess die Verjährung vom Moment des Vertrages an beginnen, das A.L.R. bestimmte als kritischen Zeitpunkt den Augenblick, wo zuerst der Empfänger die Möglichkeit der Untersuchung mithin die Möglichkeit hatte, den Fehler zu entdecken. [5])

Das B.G.B. hat abweichend vom gemeinen Recht, dagegen in Uebereinstimmung mit den modernen Gesetzgebungen für beide Ansprüche dieselbe Verjährungsfrist bestimmt, welche jedoch, je nachdem bewegliche oder unbewegliche Sachen veräussert werden, verschieden bemessen ist. Der gleichen Regelung unterliegt auch der Anspruch auf Schadensersatz. § 477 Abs. I bestimmt:

„Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegn hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Uebergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden."

Im Falle des dolus greift die regelmässige Verjährungsfrist von

---

3) Prot. I S. 700; Mot. II S. 239/40.

4) l. 19, § 6, D. 21,1: „annum sive sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit". l. 19, § ult. l. 55 D. eod.

5) Seuffert IX, 277.

30 Jahren Platz. Ausschlaggebend ist also die Ablieferung bezw. Uebergabe, die, wenn sie sich auch im praktischen Leben häufig mit einander decken werden, keineswegs identisch sind. Die Uebergabe ist mittelbar, je nachdem sie tatsächlich erfolgt, oder durch ihre Surrogate ersetzt wird; constitutum possesorium § 930, brevi manu traditio § 929 Satz II, Anspruchsübertragung § 931 oder nach dem H.G.B. §§ 425, 450, 647: Uebergabe des Lagerscheins, Ladescheins oder Konnossements.

Bezüglich des Wortes „Ablieferung" enthält das Gesetz keine Definition. Wir werden daher in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis (R.G.E. Bd. V S. 31) „einen tatsächlichen Hergang zu verstehen haben, wodurch der Erwerber in der Lage ist, tatsächlich über die Sache zu verfügen, sie zu untersuchen, Mängel zu entdecken." Erfolgt demnach die Uebergabe durch einen Boten, so ist die Sache abgeliefert, sobald Käufer oder dessen bevollmächtigter Stellvertreter im tatsächlichen Besitze derselben ist.[6]) Nun gibt es aber auch Fälle, in denen die Ablieferung der Uebergabe bereits vorhergeht.[7]) Es ist z. B. die Sache bereits beim Käufer abgeliefert worden, dieser aber erst nachträglich von der Uebergabe benachrichtigt worden. In einem solchen Falle, sagen die Protokolle, (I. S. 703) soll die Ablieferung ebenfalls massgebend sein. Dies verstösst, aber gegen alle Regeln der Logik, den obersten Grundsatz der Verjährung, dass eine Verjährung erst dann beginnen kann, „si actio nata est"[8]); ein Lauf der Verjährungsfrist für noch nicht entstandene Rechte ist aber, wie Leistner mit vollem Recht hervorhebt, ein „Unding".

Wie ist es nun zu halten, wenn Käufer die Ablieferung oder Uebergabe der Sache nicht annimmt, oder wenn es z. B. infolge gewisser Umstände zu einer solchen gar nicht kommt — z. B. infolge Untergangs der Sache auf dem Transport? — Alsdann wird man mit Leistner (S. 83) und Cosack (I. § 127 S. 435) die ordentliche Verjährung Platz greifen lassen.

Abweichend von § 225 Satz 1[9]) bestimmt § 477 Abs. I letzter Satz, dass die Verjährung vertragsmässig auch verlängert werden kann. Hiermit wird einem dringenden praktischen Bedürfnisse

---

6) Cosack § 127, S. 431; Prot. I, S. 702.
7) Oertmann 2a ad § 477.
8) Ders. Ansicht Leistner S. 88.
9) Endemann S. 728a.

Rechnung getragen;[10]) denn es kommt oft vor, dass eine beabsichtigte rechtzeitige Prüfung gar nicht möglich ist, die Parteien diesem Umstande dann dadurch abzuhelfen suchen, dass sie die Verjährungsfrist vertragsmässig „in der Bestimmung von mehr oder weniger geräumigen Garantiefristen ausdehnen.“[11]) Erfahrungsgemäss kann eine derartige Vereinbarung verschiedene Deutung erfahren wie die Motive selbst zugeben (II § 397), und es wird daher der Sinn in concreto zu untersuchen sein; doch dürfte in der Regel eine solche in der Vereinbarung einer über die Verjährungsfrist hinausgehenden Garantiefrist auch zu finden sein. Ob eine vertragsmässige Verlängerung über die ordentliche Verjährungsfrist statthaft ist, ist zweifelhaft. Die Unzulässigkeit regelte § 397 des 1. Entw. Diese positive Vorschrift wurde jedenfalls als selbstverständlich fallen gelassen. Im Gegensatz zu Planck (5b ad § 477) wird man mit Oertmann (5b ad § 477), Fischer und Henle (ad § 477) und Leistner (S. 91) eine solche für unzulässig zu erachten haben, „da eine derartige Verlängerung im Gegensatze zu dem ganzen Institute der Verjährung stehen würde.“[12])

Auf die Verjährung finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung; demnach auf die Hemmung derselben die Bestimmungen der §§ 202 ff.; auf die Unterbrechung derselben die der §§ 208 ff. Doch in Erweiterung dieser Vorschriften bestimmt § 477 Abs. II:

„Beantragt der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, so wird die Verjährung unterbrochen. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. Die Vorschriften des § 211 Abs. II und des § 212 finden entsprechende Anwendung.“

Diese Vorschrift ist eine Erweiterung des § 447 C.P.O., denn während früher eine Beweisaufnahme nur statthaft war, „wenn zu besorgen war, dass das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde, ist jetzt nach § 488 C.P.O. eine solche schon möglich, wenn in Beziehung auf den cit. § 477 Abs. II — „Mängel einer Sache festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll.“[13])

---

10) Vgl. altes H.G.B. Art., 349 Abs. 5.

11) Mot. II S. 240.

12) Leistner S. 90.

13) In dem Art. 11 des Entwurfes des Einführungsgesetzes sollten, zugleich als Ersatz für den § 402 Satz 3,4 und den § 403 des Ent. 1 als § 449a der C.P.O.

Gerät die Beweisaufnahme infolge einer Vereinbarung oder dadurch, dass diese nicht weiter betrieben wird, in Stillstand, so endigt die Unterbrechung erst mit der letzten auf die Beweisaufnahme bezüglichen Handlung der Parteien oder des Gerichtes. Die darauf folgende neue Verjährung wird dadurch, dass eine der Parteien die Beweisaufnahme weiter betreibt, in gleicher Weise wie durch den diesbezüglichen Antrag unterbrochen. (§ 477 Abs. II; § 211 Abs. II). Die Unterbrechung durch den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme gilt dann als nicht erfolgt, wenn dieser zurückgenommen, oder ein in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird. Erfolgt binnen sechs Monaten abermals ein Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme, so gilt die Verjährung bereits durch den ersten Antrag unterbrochen. Im übrigen finden auf diese Frist die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung. (§ 212.)

Von hervorragender Bedeutung ist endlich die Schlussbestimmung des § 477, Abs. III, nach der „die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der in § 477 Abs. I. bezeichneten Ansprüche (Wandelung, Minderung oder Schadensersatz) auf die anderen wirkt." Klagt also z. B. jemand auf Wandelung und wird mit seiner Klage nach Eintritt der Verjährung abgewiesen, so kann er immer noch auf Minderung oder Schadensersatz klagen. Der Grund dieser Bestimmung ist die einmal gerügte Mangelhaftigkeit der Ware. (D. S. 96.)

Im Gegensatz zu § 397 des I. Entw. [14]), aber in Uebereinstimmung mit der bisherigen gemeinrechtlichen Praxis [15]) bestimmt § 478: [16])

„Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wan-

---

unter andern die Vorschrift eingestellt werden: „Die Beweisaufnahme kann, auch ohne dass die Voraussetzungen des § 477 vorliegen, beantragt werden, wenn Mängel einer Sache . . . festzustellen sind, wegen deren der Gegner Gewähr leisten soll".

14) Nach der Begründung der Mot. II S. 240 würde eine Bestimmung, welche dem Erwerber ermöglichte, durch Anzeige der Mängel an den Veräusserer, um sich die Einreden über diese Frist hinaus zu konservieren, mit dem prinzipiellen Standpunkte des Entwurfs über die Wirkung der Verjähruug in Widerspruch treten, auch ist sie durch das praktische Interesse nicht geboten.

15) Vgl. die stete Spruchpraxis des Obertribunals und die Literaturangabe bei F. Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Privatrechts. Berlin 1865, Bd. 1 § 86 Anm. 80 S. 482.

16) In Anlehnung an § 377 H.G.B.; vgl. Denkschrift S. 64.

delung oder Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat."

Diese Vorschrift hat, wie die Denkschrift hervorhebt, einem dringenden praktischen Bedürfnisse abgeholfen; denn im gewöhnlichen Verkehr ist es durchaus nichts Seltenes, dass Käufer aus Unerfahrenheit, Nachlässigkeit oder im Vertrauen auf die Redlichkeit des Verkäufers die Verjährungsfrist unbenutzt bis zur Geltendmachung des Kaufpreises seitens des Verkäufers verstreichen lässt, um dann nach Verjährung seiner Ansprüche schutzlos dazustehen.[17]) Die Mängelanzeige muss[18]) die Mängel genau bezeichnen und ist nur für diese wirksam; gleichgültig ist hierbei, ob diese beim Verkäufer tatsächlich eintrifft, oder nicht.

Nach § 479 kann der Anspruch auf Schadensersatz auch nach Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vor Vollendung der Verjährung den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt, oder endlich in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels der Sache anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat. Dieser Handlungen bedarf es nicht im Falle des dolus des Verkäufers. Es kann dann Käufer auch nach Vollendung der Verjährung seinen Anspruch auf Schadensersatz aufrechnen und die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt ist. Dies folgt aus § 853, wonach die exceptio aus einer unerlaubten Handlung unverjährbar ist. Die §§ 478 Abs. II und § 479 Satz II stellen weiter nichts dar als die Konsequenzen aus § 853.

17) Leistner S. 94.
18) Cosack I, § 127, II, e.

II. Teil.

VI. Kapitel.

Die Besonderheiten der Gewährleistung bei Viehveräusserungen.

§ 15.

Allgemeines.

Wie im alten römischen Civilrecht, so haftete auch nach altem deutschen Recht der Verkäufer zunächst nur beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften und bei Arglist. Im übrigen herrschte das Prinzip der Festigkeit und Unwandelbarkeit des einmal geschlossenen Kaufes, wie dies in voller Bestimmtheit das deutsche Rechtssprüchwort: „Ein Mann — ein Wort“ und die lex Baiuv. XV cap. 9:

„Nemo — firmitatem venditionis inrumpat — sed postquam factum est negotium, non sit mutatum.“[1])

aussprechen.

Aber ebenso wie das Edikt der kurulischen Aedilen die Haftung des Verkäufers auf alle erweislich[2]) schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden gewesene, verborgene, nicht unerhebliche Mängel, sowie auf die bei den Verkaufsverhandlungen angegebenen Eigenschaften, (dicta — promissa“) ausdehnte, — so erweiterte auch das älteste deutsche Recht die Haftpflicht des Verkäufers z. B. auf solche Fehler, die selbst bei eingehender Prüfung

---

1) Es sei auf die klaren, übersichtlichen Monographien von Franz Regis Sachsenhauser: „Die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Haustiere nach deutschem Recht.“ Von der Juristenfakultät der Münchener Hochschule 1851 und 1852 gekrönte Preisschrift — und von Paul Rein: Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Viehveräusserungen. Erlanger Dissertation, München 1899 — hingewiesen. Die Quellen sind z. T. bei Sachsenhauser abgedruckt; vgl. ferner Cropp in den juristischen Abhandlungen von Heise und Cropp. Bd. 1 No. 11 § 2; die Quellenbeläge bei Kraut: Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 6. Auflage 1896; Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 60 ff.

2) Daher die deutschen Rechtssprüchwörter: „Augen für Geld“, „Augen auf oder Beutel auf“, „Wer die Augen nicht auftut, tue den Beutel auf“. Dahn: Deutsches Rechtsbuch S. 194; für das röm. R. Sell: Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rechts. Bd. 3, Braunschweig 1844 S. 88 ff., den Aufsatz von Keller über das Verhältnis des ädilitischen Edikts zum Civilrecht; Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für Beschaffenheit der Ware, Bd. 1 S. 43; Bechmann: Kauf, Bd. 1, S. 234—299; Pernize: Labeo, B. 2, S. 84 ff.

der Sache nicht entdeckt werden konnten, bei Arglist des Verkäufers, bei Erheblichkeit des Fehlers, die partikularrechtlich teils gesetzlich, teils gewohnheitsrechtlich bei den einzelnen Warengattungen mannigfach normiert war.[3]) Doch im Gegensatz zum römischen Recht finden wir hier im Anfange keine Minderungsklage[4]) und einen erheblichen Unterschied beim Handel von Haustieren und anderen Kaufobjekten hinsichtlich der Haftung. Das deutsche Recht begünstigte im allgemeinen in weitem Masse den Käufer mit der Begründung: „in animalibus autem sunt vitia, quae aliquoties celare potest venditor" (l. Baiuv. I. c. III.) Und dieser erhöhte Schutz des Käufers beim Viehkauf ist voll berechtigt. Man denke nur an die zahlreichen Betrügereien, denen dieser gerade beim Haustierhandel dem Verkäufer gegenüber ausgesetzt ist, an die unzähligen Kniffe der sog. Rosskämme, an die Aufdringlichkeit der Händler, an die zahlreichen Krankheiten und Gebrechen der Haustiere, die selbst dem geübten Auge des Sachkenners entgehen — und man wird es begreifen, dass diese im ganzen Mittelalter[5]) sich wiederholenden Besonderheiten auch den scheinbar rationellen Anschauungen des römischen Rechts siegreich Widerstand bei der Rezeption desselben geleistet haben; z. B. haben sich unverfälscht deutsche Rechtsregeln erhalten im Hamburger Statut von 1603 und im Lübecker Recht von 1292.

Der erhöhte Schutz des Käufers wurde im Gesetze dadurch zum Ausdruck gebracht, dass beim Haustierkauf für gewisse genau fixierte Hauptmängel gehaftet werden sollte, sobald diese sich innerhalb einer besonders bestimmten Zeit zeigten. Zahlreiche sich hierauf beziehende Vorschriften z. B. der l. Baiuv. t. 15 cap. 9, der Frank-

3) Vgl. Schwabenspiegel (306), wonach beim Genuskauf die beste Qualität zu liefern sei: „bi dem besten geben"; l. Baiuv. I, c. II; die einschlagenden Bestimmungen der Nürnberger Reformation von 1522: „es soll Kaufmannsgut geliefert werden, wobei die handelsmässige objektive Verkäuflichkeit massgebend war" und dergl.

4) Nur sehr vereinzelt fand sich später die Minderungsklage, vgl. z. B. C. Max. Bav. IV, 3,24, No. 1,25; Wormser Reformation III, 1. T. 4—6; im ührigen vgl. Stobbe Bd. III § 231 Anm. 43 und Kraut §§ 128, 129.

5) Sachsen- und Schwabenspiegel. Die Statuten der Stadt Wien von 1296; das Land- und Stadtrechtsbuch des Fürsprechs-Rupprecht von Freising cap. 78. Die Statuten von Lübeck 1240; von Hamburg 1296; das sächsische Weichbild art. 97; das bayrische Rechtsbuch Kaiser Ludwigs v. J. 1346, t. 18, c. 244; das Münchner Stadtrecht v. J. 1347, art. 163; das Freisinger Stadtrecht v. J. 1359; das Magdeburger Recht von 1304, art. 36; das älteste Statut von Zelle, art. 29. Die geeigneten Quellenbelege sind z. T. bei Sachsenhauser abgedruckt.

furter Reformation II, 9 § 4. 6[5]) finden wir in der grossen systematischen Sammlung der Kapitularien, sodass wir tatsächlich von einem älteren gemeinen väterlichen Recht sprechen können, zumal sich die meisten Volksrechte hierin nicht widersprechen.

Da, wo sich deutsche Rechtsgrundsätze nicht erhalten haben, wurden die ädilizischen Klagen in ihrer weiteren Ausbildung gemeines Recht: ein besonderer Unterschied hinsichtlich der Haftung bei Haustieren und anderen Sachen bestand hier nicht; auch fanden sich deutsche und römische Rechtsgedanken neben einander oder vermischt[6]) in der Weise (z. B. A.L.R.)[7]), dass mit den römischrechtlichen Rechtsregeln die Präsumptionsfristen des deutschen Rechts verbunden wurden, wonach Verkäufer für gewisse Nachkrankheiten zu haften hatte, d. h. für gewisse Mängel gewisser Haustiere, wenn sie sich binnen einer gesetzlich fixierten Frist zeigten, es wurde dann das Vorhandensein derselben zur kritischen Zeit präsumiert.[8])

Da wo deutsche Rechtsregeln allein herrschten oder vermischt mit römischrechtlichen, finden wir nun partikularrechtlich eine ausserordentliche Kasuistik bezüglich der Normierung der Mängel und Fristen, sowie der Aufzählung der Haustiere. Diese Verschiedenheit haben, wie Sachsenhauer S. 35 richtig bemerkt, ihren Grund „in der zu verschiedenen Zeiten mehr oder minder fortgeschrittenen Kenntnis oder Unkenntnis der Tierkrankheiten, in der Verwechslung

6) Einzelne Beispiele: l. Baiuv. 15 i. 9: „. . . nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor celavit, hoc est in mancipio, aut in caballo aut in qualicunque peculio, id est aut caecum, aut herniosum, aut caducum . . .“ eod. cit. IV, 3.23 No. 5 und 6: „Es muss aber auch kein geringer, sondern ein grosser und ein solcher Mangel sein, welcher den Gebrauch der Sache entweder gänzlich hemmt oder doch merklich verschlimmert, welches jedoch nach hiesigem Landrecht bei dem Pferd-Kauf soweit seinen Absatz leidet, dass nur die drei Hauptmängel: Ritzig, räudig, herzschlächtig und zwar länger als 14 Tage auf gegenwärtige edictum qualifiziert seyend“ oder in der Frankfurter Reformation II, 9, § 4 § 6: „Würde aber der Käufer vier Wochen verfliessen lassen, ohne dass er des Pferds halber oberrurten Mangel (Hauptsiechtum) klagte: Ob sich gleich derselbe hernach befinde: So soll der Verkäufer das Pferd wiederumb zurücknemmen nicht schuldig seyn.“ Diese und ähnliche leg. barb. finden sich bei Kraut S. 303 ff. und Heise und Cropp S. 163 ff. abgedruckt.

7) Ich verweise auf Leistner und Ehrlich: „Allgemeines über Viehmängel“. Sachsenhauser S. 30—45.

8) Dernburg: Pr. Privatrecht II, § 147 Z. 2.

9) Über das Geltungsgebiet dieser bisherigen drei Rechtsgrundsätze vgl. Mot. II S. 245 ff.

der Anzeigefrist mit der Klageverjährungszeit und in der unglücklichen Idee, ein deutsches Institut aus römischen Digesten erklären zu wollen."

Eine Verschmelzung dieser drei, nicht im Gegensatz zu einander stehenden Systeme schuf das B.G.B.[10]), indem es in geschickter Weise den römischrechtlichen Rechtsregeln die deutschen als Ergänzungs- und Ausnahmevorschriften hinzufügte:

Zu Gunsten des Käufers, der nur das Recht auf Wandelung hat, wenn beim Vieh eine Verschlechterung d. h. ein Mangel bestimmter Art innerhalb einer bestimmten Frist sich zeigt, wird bis zum Beweise des Gegenteils vermutet, dass der Mangel im entscheidenden Augenblick vorhanden gewesen ist. Diese Beweiserleichterung auf dem Boden tierärztlicher Erfahrungen entspricht unleugbar den praktischen Bedürfnissen und steht auch im vollen Einklang mit den bisherigen Kodifikationen.[11])

Leistner (a. a. O.) will die Frage nach der Erheblichkeit des Mangels, ebenso wie dies die Gutachten der Tierärzte (zu §§ 399, 400)[12]) taten, im einzelnen Falle entschieden haben — als dem Gerechtigkeitsgefühle mehr entsprechend. — Doch sind diese Bedenken meiner Ansicht nach weniger erheblich, da die vom Gesetz getroffene Regelung der Zweckmässigkeit, und vor allem der Verkehrs- und Rechtssicherheit, weit mehr entspricht, „nach welchem der mehr oder minder subjektiven Ansicht der tierärztlichen Sachverständigen das von einer Zentralstelle mit allen einer solchen zugänglichen Behelfen und unter Würdigung aller Ansichten das festgestellte Ergebnis der Wisenschaft für die Durchschnittsberechnung massgebend sei."[13]) Zwar wurde diese Festlegung im Entwurfe sehr in Frage gestellt, „weil eine erschöpfende Darstellung der Hauptmängel unmöglich sei," doch wurde auch in dieser Beziehung vorgesorgt, indem die Aufstellung der Viehmängel nicht für immer fixiert ist, sondern bei fortschreitender Wissenschaft durch Kaiserliche Verordnung stets ergänzt und abgeändert werden kann. Eine solche ist unter dem 27. März 1899 erlassen worden und enthält zwei Paragraphen, von denen der erste die Hauptmängel der Nutz- und Zuchttiere, der zweite die der Schlachttiere umfasst. Diese Scheidung hat

10) Vgl. den Vortrag des Rechtsanwalts Dr. Simon von Berlin gelegentlich des im Jahre 1888 abgehaltenen 19. deutschen Juristentages.

11) Sachsenhauser S. 1—6, 10, 12—19; 17—35; Mot. II. S. 246.

12) Mugdan: die gesamten Materialien, Bd. II S. 138, 688.

13) Mot. II S. 243 ff.

nach den Motiven ihren Grund darin, dass Fehler, die wohl den Tausch- und Gebrauchswert der ersten Art der Tiere aufheben oder mindern, die Geniessbarkeit des Fleisches dagegen häufig nicht wesentlich beeinträchtigen. Im übrigen ist der Vertragsinhalt massgebend, wenn ein Tier zu beiden Tiersorten gerechnet werden kann.

§ 16.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers.[1])

Das Grundprinzip für die vom Gesetze vorgenommene Sonderregelung der Haftungspflicht des Verkäufers bei Viehmängeln enthält § 481:

„Für den Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln, von Rindvieh, Schafen und Schweinen gelten die Vorschriften der §§ 459 bis 67, 469—80 nur insoweit, als sich nicht aus den §§ 482—92 ein anderes ergibt."

Nur auf die in dieser Vorschrift bezeichneten Haustierarten bezieht sich die Sonderhaftung des Verkäufers, auf alle anderen, wie Geflügel, Hunde, Ziegen u. s. w. finden die allgemeinen Grundsätze wegen Mängelhaftung Anwendung. Trotz Schweigens des Gesetzes darüber, ob sich die besonderen Vorschriften über Mängelgewähr bei Haustieren nur auf lebende oder auch auf geschlachtete oder sonst bereits tote Tiere beziehen, wird man bei der Gestaltung der ganzen Rechtsmaterie mit Rein (S. 7) mit Sicherheit annehmen dürfen, dass der Gesetzgeber seine diesbezüglichen Bestimmungen nur auf lebende Tiere erstreckt haben wissen will. Da die Anwendung der §§ 459—67; §§ 469—80 keine Schwierigkeit enthält, verweise ich auf die früheren Ausführungen.

Modifiziert wird die Vorschrift des § 482 in der Weise, dass Verkäufer nur für bestimmte Fehler (Hauptmängel) einzustehen hat und nur dann, wenn diese sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen, welche, wie bereits oben erwähnt, durch eine mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassende Kaiserliche Verordnung bestimmt sind, und zwar derart, dass eine Ergänzung und Abänderung auf demselben Wege statthaft ist. Hiernach ist eine Haftung für andere Fehler ausgeschlossen, es müsste denn eine Zusicherung von Eigenschaften vorliegen. Die Hauptmängel

---

1) Als eingehende Monographie ist hervorzuheben: Martin Reuter: Die deutsche Viehseuchengesetzgebung nach dem Reichsgesetz betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen. München 1899.

müssen sich vor Ablauf der Gewährsfrist gezeigt haben, auch müssen diese vom Käufer vorher angezeigt sein, ferner trifft den Käufer die Beweislast, die jedoch durch die in § 484 enthaltene Rechtsvermutung erleichtert wird. Ausgeschlossen ist eine Haftung, wenn Käufer den Mangel kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Der Beginn der Gewährfrist ist in den Ablauf des Tages gelegt, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht (§ 483 entsprechend § 187 Abs. I). Nach § 484 liegt die Bedeutung der Gewährfrist darin, dass beim Eintreten eines Hauptmangels innerhalb dieser Frist die Vermutung begründet wird, dass der Mangel schon zur entscheidenden Zeit, also zur Zeit des Gefahrüberganges, vorhanden gewesen ist. Es ist also der Gegenbeweis offen gelassen. Jene bereits erwähnte Anzeige von Mängeln seitens des Käufers hat bei Verlust jeglicher Rechtsmittel spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder im Falle der Tötung oder des Verendens des Tieres vor dem Ablaufe der Frist nach dem Tode zu erfolgen. (§ 485.) Der Anzeige steht auch hier die Absendung derselben, die Streikverkündung oder der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises gleich. Der Rechtsverlust tritt nach § 485 letzter Satz nicht ein, wenn dem Verkäufer ein dolus zur Last fällt. Alsdann haftet er gemäss § 463 Satz 2 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dessen Umfang in § 252 präzisiert ist.

Bezüglich der Unterlassung der in § 485 Satz I vorgeschriebenen Massregeln war im bisherigen Recht eine recht verschiedene Regelung getroffen worden; bald trat Verlust des Anspruchs auf Gewährleistung ein, bald Verlust der Rechtsvermutung, bald endlich war wohl eine Massregel für den Käufer vorgeschrieben, doch keine Folgen an deren Unterlassung geknüpft.[2]) Nach Entw. I § 484, der hierin dem A.L.R. folgte, sollte bei nicht erfolgter Anzeige Verlust der Rechtsvermutung eintreten. Diesen Standpunkt hat die zweite Kommission verlassen, und nunmehr von der nicht rechtzeitig erfolgten Anzeige des Käufers den Verlust aller Rechte aus der Gewährleistung abhängig gemacht.[3])

Endlich ist auch hier beiden Teilen volle Vertragsfreiheit eingeräumt; sie können gemäss § 486 die Gewährfrist durch Vertrag beliebig verlängern und verkürzen, und zwar mit der Wirkung, dass dann die vereinbarte Frist an Stelle der gesetzlichen tritt.

2) Mot. II S. 254.

3) F. und H. 1 ad § 485.

Der Kaufvertrag als solcher unterliegt natürlich auch hier den allgemeinen Vorschriften. Er ist in der Regel formfrei, darf keinen wucherischen oder unsittlichen Charakter haben, sonst ist er nichtig; er darf nicht auf Arglist beruhen, in welchem Falle er anfechtbar ist.

§ 17.

Wandelung.

Auch in der Regelung der Rechtsmittel des Käufers wich das B.G.B. von den sonstigen für die tote Sache geltenden Bestimmungen ab. Der Käufer kann n u r Wandelung, nicht Minderung verlangen. Warum nur dieser e i n e Anspruch? Die G r ü n d e, welche den Gesetzgeber zum Erlass dieser Vorschrift bewogen haben, sind durchaus praktischer Natur und auch der materiellen Gerechtigkeit entsprechend. Vor Allem waren es landwirtschaftliche[1]) Interessen, ferner die bei lebenden Tieren weitläufige und unsichere Schätzung, Billigkeitsrücksichten, dass nämlich für die Zulassung des Minderungsanspruches bei Mängeln an geschlachteten Tieren kein Bedürfnis bestehe, insbesondere mit Rücksicht auf die dem Käufer so günstigen Bestimmungen über die Wandelung, ferner die Erwägung, dass der Käufer grade bei Tieren, der vielleicht trotz des Mangels ein gutes Geschäft gemacht hat, sich durch die Minderungsklage einen weiteren Vorteil verschaffen könne u. a. m.

Im übrigen ist im Gegensatz zu toten Sachen bei Tieren zwischen wesentlicher und unwesentlicher Verschlechterung zu unterscheiden:

1. Ist eine w e s e n t l i c h e Verschlechterung des Tieres seitens des Käufers v e r s c h u l d e t[2]) worden — also insbesondere dasselbe weiter veräussert oder mit einem, von ihm nicht zu beseitigenden Rechte eines Dritten belastet, z. B. verpfändet worden, oder gar geschlachtet, so steht dem Käufer entgegen den Bestimmungen der §§ 351/352 nach § 487 Abs. II auch jetzt noch der Anspruch auf Wandelung zu. An Stelle der Rückgewähr tritt nunmehr der W e r t, nicht das Interesse des Tieres, bezw. Cession des Anspruches nach § 281 des als Ersatz Empfangenen.

1) Prot. I S. 740; Mot. II S. 257.

2) Hiermit ist eine gemeinrechtliche Controverse beseitigt. Vgl. E c k: Beitrag zur Lehre von den ädilizischen Klagen in den Festgaben für Beseler. Berlin 1885, S. 164, 169, 170, 163, 165, 171, 172, 186; H a n a u s e k I, S. 144, 137; G e s t e r d i n g, Zeitschrift für Civilrecht und Praxis, Bd. VI, S. 40, 41, G o l d s c h m i d t, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. IX, S. 396; Bd. XXV, S. 259; S e u f f e r t, Archiv II, 24, S. 170; XXII, 29.

Das Gesetz hat den Zeitpunkt der Berechnung des Wertersatzes nicht festgesetzt, sondern der Aufstellung desselben freien Spielraum gelassen. Entgegen der Ansicht von Rein (S. 24), nach der für Vergütung des Wertes der Zeitpunkt massgebend sein soll, in welchem die die Unmöglichkeit der Herausgabe verursachende Handlung vorgenommen worden ist, werden wir uns Planck[3]) und Oertmann[3]) unbedenklich anschliessen können, wonach der Zeitpunkt der Vollziehung der Wandelung ausschlaggebend ist.

2. Bei unwesentlicher, vom Käufer verschuldeter Verschlechterung des Tieres dagegen ist nur die Wertminderung gemäss § 487 Abs. III zu vergüten, das heisst dasjenige Geldquantum, um das das Tier zur Zeit der Wandelung weniger wert ist, als zur Zeit des Kaufes.[4])

Was wesentliche oder unwesentliche Verschlechterung ist, ist nach wirtschaftlichen Momenten in concreto zu entscheiden.

Was nun die gegenseitigen Rechte und Pflichten beider Kontrahenten anbelangt, so ist

1. der Verkäufer — wie beim Kauf von toten Sachen — rechtlich schlechter gestellt, als der Käufer. Bei culpa haftet er auf vollen Schadensersatz, mag das Tier auch infolge Zufalls oder Weiterveräusserung „verschlechtert" sein (§ 989). Im übrigen fixiert § 488 den Umfang der Ersatzpflicht, wonach Verkäufer im Falle der Wandelung dem Käufer auch die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres zu ersetzen hat. Seine fernere Haftung regelt § 347, wonach der die erhaltene Geldsumme mit 4% verzinsen muss.

Dagegen ist der Verkäufer — z. B. bei Verzug des Käufers — berechtigt, nach § 994 Ersatz der auf das Tier gemachten notwendigen Verwendungen, zu welchen nach § 995 insbesondere auch Aufwendungen zur Bestreitung des Unterhalts des Tieres gehören, zu verlangen.

2. Was auf der einen Seite Rechte sind, sind auf der anderen Seite Pflichten; deshalb erübrigt sich eine Wiederholung der obigen Ausführungen. Hervorzuheben ist nur § 487 Abs. III: „Nutzungen hat der Käufer nur insoweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat."

3) ad § 487.
4) Oertmann 2β ad § 487[3].

§ 18.

Wandelung in besonderen Fällen.

Um nicht in unnötige Wiederholungen zu verfallen, begnüge ich mich im folgenden mit der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften; nur Besonderheiten sollen hervorgehoben werden.

Ueber den Verkauf mehrerer Tiere und beim Mangel einer Nebensache ist nichts Abweichendes in der Regelung von den allgemeinen Vorschriften getroffen worden.[1]) § 489 regelt die Versteigerung des Tieres im Falle der Wandelung. Hiernach kann, wenn über den Anspruch auf Wandelung ein Rechtsstreit anhängig ist,[2]) auf Antrag der einen oder anderen Partei die öffentliche Versteigerung[3]) des Tieres und die Hinterlegung[4]) des Erlöses durch einstweilige Verfügung[5]) angeordnet worden, sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist. Zur Begründung dieser Vorschrift sagen die Motive (II. S. 261): „es kann dem Erwerber daran liegen, dass die Verfütterungs- und Verpflegungskosten nicht in's Masslose wachsen (z. B. bei zweifelhafter Zahlung des Veräusserers, und auch abgesehen hiervon kann es während des Schwebens des Rechtsstreits mit Rücksicht auf die Ungewissheit des Erfolges jeder von beiden Parteien erwünscht sein, dem fortwährenden Anwachsen der Unterhaltskosten vorbeugen zu können." — Auch beim Kaufe eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres steht dem Käufer — wie beim Kaufe von toten Sachen — mit Ausnahme von Minderung statt der Wandelung der Anspruch auf Nachlieferung eines mangelfreien Tieres gemäss § 491 zu, auf welchen dann die Vorschriften der §§ 488—90[6]) entsprechende Anwendung finden.[7])

§ 19.

Schadensersatz.

Ebenso wie die Gewährleistungspflicht wegen Mängel des Tieres beschränkt oder erlassen werden kann — mit Ausnahme des dolus des

1) Vgl. Rein S. 26 ff. und hier S. 62—64.
2) § 263[1] und § 253 C.P.O.
3) § 814 ff. C.P.O., § 156 B.G.B.
4) § 269 B.G.B., § 372 ff.
5) § 935 C.P.O., Rein S. 30, 41. C.P.O.
6) s. oben S. 98 ff.
7) Vgl. die Ausführung der Anwendung dieser entsprechenden Vorschriften bei Rein S. 46, 47.

Verkäufers — ebenso kann sie auch vertragsmässig erweitert werden. Während die Uebernahme einer allgemeinen Erweiterung der Haftung im Entw. I § 409 die Bedeutung haben sollte, dass nur Hauptmängel verstanden werden sollten, bestimmte § 428 des zweiten Entwurfs, dass ein derartiges allgemeines Versprechen, durch welches der Verkäufer die Gewährleistung wegen aller Fehler übernommen hat, im Zweifel nur auf die Hauptmängel auszudehnen sei. Die Reichskommission strich schliesslich diese Bestimmung, und es ist demnach im einzelnen Fall lediglich quaestio facti, ob ein leeres Anpreisen oder eine ernsthafte Zusicherung vorliegt. Diese wiederum kann sich auf Eigenschaften des Tieres beziehen oder aber auf ein Nichtvorhandensein von Fehlern, die nicht zu Hauptmängeln zählen. Liegt aber eine Zusicherung vor, und sind gleichwohl Fehler beim Tiere vorhanden, dann finden die Vorschriften der §§ 487—491, und wenn eine Gewährfrist vereinbart wird, auch die Vorschriften der §§ 483—485 entsprechende Anwendung; also die Bestimmungen über die Wandelung und deren Wirkungen, über die Möglichkeit der öffentlichen Versteigerung, über die Verjährung, den Lauf und Anfang der Gewährsfrist, die Mängelanzeige und die gesetzliche Präsumtion Dabei ist hervorzuheben, dass im Falle einer derartigen Vereinbarung erweiterter Haftung eine Gewährfrist nicht vereinbart worden ist, die sechswöchentliche Verjährungsfrist für den Gewährschaftsanspruch bereits mit der Ablieferung des Tieres beginnt. (§ 492 am Ende.) Es ist also diese Frist zugleich Gewährfrist und Verjährungsfrist; denn innerhalb derselben muss sich der Fehler gezeigt haben und nach Entdeckung desselben der auf diesen gestützte Anspruch unmittelbar geltend gemacht werden.[1]) Die Haftpflicht des Verkäufers auf Schadensersatz tritt aber nur dann ein, wenn die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses fehlt, andernfalls haftet derselbe nur auf Wandelung gemäss §§ 487. 459 Abs. 2; wenn nämlich dem Tiere zur Zeit des Gefahrübergangs auf den Käufer die zugesicherte Eigenschaft fehlt. Bei einem der Gattung nach bestimmten Tiere dagegen haftet Verkäufer jederzeit auf vollen Schadensersatz gemäss § 480 Abs. 2; wenn dem Tiere die zugesicherte Eigenschaft fehlt, da hier der Gefahrübergang massgebend ist.

§ 20.

Verjährung.

Auch hierin weicht die Regelung von der gewöhnlichen ab.

1) Rein S. 49.

Aus praktischen Gründen, sowie aus Rücksicht auf die Verkehrssicherheit[1]) hat der Gesetzgeber eine Verjährungsfrist von sechs Wochen für die Ansprüche auf Wandelung und Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, festgesetzt. Für die Verjährung bleiben die Vorschriften des § 477 in Anwendung.[2]) An die Stelle der in den §§ 210, 212, 215 bestimmten Fristen tritt ebenfalls die Frist von sechs Wochen.—Zuständig sind nach § 23 des Gerichtsverfassungsgesetzes (17. Mai 1898) die Amtsgerichte und zwar ausschliesslich ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes — gewöhnlich das Amtsgericht des Wohnsitzes des Verkäufers.[3]) Schliesslich finden wir auch hier die Bestimmung wieder, dass Käufer, falls er zwei Tage vor Ablauf der Ausschlussfrist des § 485 die Mängel anzeigt, oder eine der ihr gleichstehenden Handlungen vornimmt, auch nach der Verjährung des Wandlungsanspruches die Zahlung des Kaufpreises insoweit gemäss § 478 verweigern kann, als er auf Grund der Wandelung dazu berechtigt sein würde.[4]) Doch fällt auch hier diese Beschränkung dann weg, wenn Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat oder das Nichtvorhandensein eines Hauptmangels oder einer Eigenschaft des Tieres zugesichert hat. — In solchen Fällen steht dem Käufer der Anspruch auf Schadensersatz zu.

1) Mot. II. S. 262.

2) Vgl. oben S. 89–93.

3) Sonst kann subsidiär der Gerichtsstand der §§ 12, 13, 29, 21, 30, 32 C.P.O. an Stelle des forum domcilii treten.

4) Vgl. Die Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurfe eines B.G.B., gefertigt im Reichsjustizamt. Berlin 1890, Bd. 2 S. 138 und 139, 170; Denkschrift S. 64; Rein S. 42 ff.

Lebenslauf.

Ich, Karl Meyer, geboren am 21. Dezember 1875 zu Pless Ober-Schlesien, als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Karl Meyer und dessen Ehefrau Anna, geb. Hausenke daselbst, katholischer Konfession, besuchte zunächst die Fürstenschule meiner Heimatsstadt. Darauf bezog ich das Gymnasium in Guben, Nieder-Lausitz, welches ich am 9. Dezember 1897 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Den folgenden Winter war ich in der Commandite der Breslauer Diskonto-Bank zu Gleiwitz praktisch tätig. Von Ostern 1898 an studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften. Ich besuchte die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Professoren:

1. Tübingen: von Mandry, von Meyer, von Neumann, von Wendt.

2. Berlin: Bornhak, Dernburg, Eck, Immerwahr, Oertmann, von Wenckstern, Zeumer.

3. Kiel: Frantz, Kleinfeller, Niemeyer, Pappenheim, Schlossmann, Weyl.

4. Berlin: Hübler, Kaufmann, Kohler, von Liszt, Schwartz, Seckel, Wagner.

5. Tübingen: Brie, Dahn, Fischer, Gretener, Jacobi, Joers, Klingmüller, Leonhard, Mannigh, Naendrup, Schücking, Sombart,

denen ich auch an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank ausspreche.

Zu ganz besonderem Danke bin ich Herrn Geheimrat Professor Dr. Leonhard, z. Z. rector magnificus der Universität, für das mir stets geschenkte Wohlwollen verpflichtet.

Am 24. März 1902 bestand ich meine erste juristische Prüfung, am 10. April trat ich meinen juristischen Vorbeitungsdienst in Liebau i. R. an, am 13. Juni bestand ich das examen rigorosum, vom 10. Januar 1903 an bin ich am Landgericht in Hirschberg beschäftigt.

Thesen.

1. § 1369 B.G.B. findet auch dann Anwendung, wenn der fragliche Erwerb der Frau v o r der Eheschliessung erfolgt ist.

2. Das Recht des Gläubigers eine ihm zur Sicherheit nach § 1282 Abs. 1 B.G.B. für seine Forderung verpfändete Forderung u m f a s s t a u c h d i e B e f u g n i s d e r A u f r e c h n u n g.

3. Für die Bürgschaftsschuld besteht ein von der Hauptschuld u n a b h ä n g i g e r Leistungsort.

4. Der Diebstahl ist nach deutschem Recht nicht ein Bereicherungs- sondern ein E i g e n t u m s delikt.